

# EVOLUCION EXPANSIVA DEL CONCEPTO DE LA EXPROPIACION FORZOSA

POR  
ALEJANDRO NIETO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS «IURA QUÆSITA» COMO CAUSA DE INDEMNIZACIÓN.—III. EL ACTO INDIVIDUAL COMO CAUSA DE INDEMNIZACIÓN.—IV. CRISIS DE LA TEORÍA DEL «EINZELAKT»: 1. *Intervención basada en una Ley o realizada por una Ley.* 2. *Crisis del concepto formal de Ley.* 3. *Excurso: la teoría del sacrificio.* 4. *Teoría de la dignidad de la protección.* 5. *Teoría de la igualdad.* 6. *Teoría de la utilidad privada.* 7. *Teoría del carácter de la Ley.* 8. *Conclusión.*—V. ALGUNOS PUNTOS DE VISTA QUE PUEDEN TENERSE EN CUENTA EN UN CRITERIO MATERIAL DE DISTINCIÓN ENTRE INTERVENCIONES DELIMITADORAS Y MUTILADORAS DE LA PROPIEDAD: 1. *La función social de la propiedad.* 2. *Reserva legal.* 3. *Exclusiones.*—VI. DISPERSIÓN DOGMÁTICA.—VII. EXPROPIACIÓN FORZOSA: 1. *La forma clásica.* 2. *De la transmisión de inmuebles a la mutilación de derechos patrimoniales.* 3. *De los negocios jurídicos de gravamen a los actos ilícitos no culpables.* 4. *De los actos ilícitos no culpables a los culpables.* 5. *De los negocios jurídicos y los actos ilícitos a la responsabilidad por riesgo.* 6. *Excepciones: Daños corporales y el Estado legislador.*—VIII. VUELTA AL CONCEPTO CLÁSICO DE LA EXPROPIACIÓN. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN.

La abundante literatura a que ha dado origen la vigente Ley de Expropiación Forzosa (LEF), apremiada quizá por la urgencia de una interpretación dirigida a la inmediata solución de los problemas diarios de su aplicación, no se ha preocupado, en general, lo suficiente por analizar sus principios fundamentales. Principios que puede llamarse revolucionarios en el sentido de que, supliendo una evolución natural de la jurisprudencia y de la doctrina, que en España no se había dado, rompieron bruscamente los moldes de una tradición casi centenaria para colocar el régimen de la expropiación forzosa española a la altura de las técnicas europeas más avanzadas, y lo que es más, potenciaron al instituto de una fuerza dinámica que le permita insistir en la línea en que se le ha situado.

En 1954 fué dado a la expropiación forzosa revivir el destino de Cencienta, caso, a decir verdad, que no es el único en la historia del Derecho Administrativo. Su existencia hasta entonces no había sido nada brillante. Ligada durante el siglo XIX a las obras públicas, como una figura auxiliar de las mismas, a duras penas fué afirmando su régimen jurídico administrativo, comprimida, de un lado, precisamente por el entonces tan importante instituto de las obras públicas, clave de la actividad administrativa, y por otro, por el rango constitucional de las garantías de la propiedad, que la vigilaban celosamente impidiendo cualquier conato de expansión.

Esta situación se mantuvo en España hasta hace muy pocos años, en que la incapacidad evolutiva de la expropiación le había llevado a una radical inadecuación a las necesidades más urgentes de la realidad social. Como es sabido, se adoptaron entonces algunas soluciones provisionales, leyes parciales para atender a las necesidades especialmente perentorias. El resultado fué, como no podía ser menos, un desvaimiento del instituto, que amenazaba disolverse en sus variadas expresiones.

El proceso unificador de la Ley de 1954 no se contentó—como por desgracia otras veces sucede—con refundir los distintos procedimientos existentes en una de esas fórmulas generales de colores abigarrados, que permiten reconocer en cada precepto el retazo de donde proceden, sino que con un aliento singular abordó el tema frontalmente, y haciendo casi tabla rasa del Ordenamiento anterior asentó la futura expropiación forzosa sobre unas bases de contenido principal inédito en España. La institución, de simple figura accesoria de las obras públicas, pasa a constituirse nada menos en clave de las relaciones de fricción económica entre la Administración y los particulares.

Al margen de los muchos problemas que presenta la interpretación de su articulado, sobre los que tan celosamente se ocupa ahora la doctrina, como apuntábamos más arriba, esta grave cuestión de la significación de la expropiación forzosa en la teoría general de la indemnización y de la responsabilidad de la Administración—sobre las que directamente incide—ha llamado la atención de dos maestros del Derecho administrativo español: GARRIDO FALLA (1) y GARCÍA DE ENTERRÍA (2), que curiosamente han adoptado sobre este punto las actitudes más dispares.

No se pretende aquí terciar en la discusión. Probablemente ambos

(1) En su *Tratado de Derecho administrativo*, t. II, 1960, págs. 215 y sigs., y anteriormente en *La teoría de la indemnización en Derecho público*, en «Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín», 1952.

(2) *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, 1950.

autores tengan razón. La teoría de GARRIDO FALLA se basa en unos principios lógicos coherentes; el criterio de GARCÍA DE ENTERRÍA se apoya en el sentido evidente de la Ley de Expropiación Forzosa, que se ha reiterado en textos sucesivos (3).

Como es sabido, separa GARRIDO FALLA tajantemente las nociones de indemnización y responsabilidad: ésta «surge como consecuencia de la actividad ilícita administrativa o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración pública sin título jurídico para ello; en cambio, la teoría de la indemnización tiene su lugar en el campo de la actividad administrativa lícita» (4). Con este criterio de la licitud se separan, pues, dos figuras, que sólo accidentalmente han aparecido en el texto común de la Ley de Expropiación Forzosa.

GARCÍA DE ENTERRÍA, por el contrario, traslada las bases de su teoría del campo de la licitud al de la lesión: «... 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 (art. 121) lo expresa claramente: la lesión determinante puede ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; actuación irregular, pues, lícita o ilícita». «Ahora bien, si la Ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad, ¿sobre qué apoyar ésta? La misma Ley nos da su criterio: lesión. El giro de la teoría de la responsabilidad desde la perspectiva de la acción dañosa a la del daño en sí mismo cumplido» (5) (6).

Con objeto de facilitar una base dogmática necesaria para la mejor inteligencia de ambas actitudes, las siguientes consideraciones pretenden contribuir al esclarecimiento de dos cuestiones previas imprescindibles: una, que con palabras de GARRIDO FALLA puede formularse así: «Cada vez que un derecho subjetivo está condicionado por la existencia en

---

(3) Cfr. especialmente el Reglamento de expropiación de 26 de abril de 1957 y Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.

(4) *Tratado...*, cit., vol. II, págs. 218-219.

(5) *Los principios...*, cit., págs. 174-175.

(6) ROYO-VILLANOVA (S.) rechaza también la culpabilidad como criterio de la responsabilidad: «No hay por qué acudir a la idea de culpa. La responsabilidad debe ser objetiva. Para tener derecho a una indemnización, el particular perjudicado no tiene por qué alegar ni probar una culpa, sino demostrar tan sólo el lazo de causalidad existente entre la acción administrativa y el daño sufrido, y que éste presente ciertos caracteres», en *La responsabilidad de la Administración pública*, en el número 19 de esta REVISTA, 1956. Por otra parte, en el campo—más pacífico—del Derecho civil, la existencia de la responsabilidad patrimonial sin acción ilícita del responsable es aceptada sin ningún escrúpulo, comenzando por todos los casos del riesgo objetivo.

manos de la Administración de una potestad atribuida por el Ordenamiento jurídico cuyo contenido sea antitético al de tal derecho subjetivo, se da también esa posibilidad de sacrificio... Pues bien, la cuestión que hay que resolver aquí es cabalmente ésta: la de saber cuáles son los casos en los que la indemnización debe reconocerse» (7). La segunda cuestión es determinar cuál es el papel que juega la expropiación en tal sistema.

Si en este trabajo se hace especial referencia al Derecho alemán, no es por un alarde de erudición fácil (ya que los rasgos fundamentales pueden encontrarse en cualquier *Handbuch*, incluso de los traducidos al español), sino porque estas doctrinas se repiten frecuentemente en la literatura española (8), y sobre todo porque su influencia en la vigente Ley de Expropiación Forzosa es muy clara.

## II. LOS «JURA QUAESITA» COMO CAUSA DE INDEMNIZACIÓN.

En la secular historia de las relaciones entre el príncipe y los particulares constituyen los derechos adquiridos la espina dorsal de todas las instituciones que representan un límite al poder del Soberano. En la fragmentación de derechos y facultades que caracteriza la Edad Media, los *jura quaesita* de los súbditos son un campo vedado al Príncipe, al carecer éste de facultades más allá de los límites de sus propios derechos: *Hoheitsrechte*, regalías más o menos amplias, pero siempre perfectamente separadas de los derechos de los súbditos. Cualquier intervención en los derechos adquiridos ajenos es, en principio, ilícita, y de haber tenido lugar, da paso a la indemnización. Por esta razón ha podido afirmarse que la expropiación por causa de utilidad pública (en un sentido amplio, no técnico) es una de las primeras instituciones del Derecho público.

El arbitrio técnico-jurídico que se maneja a estos efectos es el de la invalidez de los rescriptos contra *ius*—derecho divino, natural y de gentes—, que comprenden indudablemente a la propiedad privada (9).

El desarrollo de la teoría del *ius eminens* del Soberano no debilita en este punto la posición de los súbditos, ya que se impone a su ejer-

(7) *Tratado...*, cit., t. II, págs. 216-217.

(8) Cfr., por ejemplo, VILLAR PALASÍ, *Justo precio y transferencias coactivas*, en el número 18 de esta REVISTA, 1955.

(9) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, en el número 27 de esta REVISTA, 1958.

cicio la obligación de indemnización (10). Esta expropiación se determina técnicamente por dos factores: uno, la privación singular, caracterizador ya desde el *ius commune* de toda expropiación (11), y, por otro lado, el principio de la igualdad ante las cargas públicas, que se enlaza históricamente con algunas leyes civiles de la antigüedad, como la *lex Rhodia de jactu*, y que se encuentra acogida en casi todos los autores de la época iusnaturalista. Así Fernando VÁZQUEZ: *Ideo respublica congruam moderatamque compensationem huic, qui rem suam dedit ad sublevandam subveniendamque publicam necessitatem praestare debet, detracta particula, quam illemet ut omnes de populo conferre debebat* o G. A. ACHENWALL: *Quum vero in republica omnium civium salus communiter promovenda, omniumque ad onera reipublicae ferenda communis sit obligatio; imperans civitatis tenetur, eos; quibus emergente casu necessitatis ex jure eminenti onus praecipuum imposuit, cessante necessitate publico auxilio sublevare, quantum fieri potest; consequenter ipsi jus competit, ad jura majestatica pertinens, adigendi reliquos cives, ut communiter concurrant ad sublevandum eos, quoniam tale praecipuum pertulerunt, ideoque etiam ad resarciendum iis ad detrimentum, quod ex jure eminenti passi fuerunt»* (12). Las citas no pueden ser más significativas, y podían multiplicarse. Más adelante veremos cómo estos elementos, que son dos constantes de la expropiación, se mantienen durante mucho tiempo adaptándose a las circunstancias constitucionales y científicas de cada época.

En el siglo XVIII la doctrina del contrato social da un nuevo giro a la cuestión, permitiendo la vigencia absoluta de la teoría indemnizato-

---

(10) Por todos. H. GROCIO: «Sed hoc quoque sciendum est: posse subditis jus etiam quaesitum auferri per regem... ex vi supereminentis dominii, sed ut id fiat..., primum requiritur utilitas publica, deinde, ut, si fieri potest, compensatio fit ei, qui suum amisit, ex communi», en *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. 14, 7.

Nuestro Tribunal Supremo ha seguido aplicando curiosamente esta doctrina hasta nuestros días: «La expropiación forzosa de bienes pertenecientes a personas jurídicas individuales o colectivas es un procedimiento jurídico que tiene por base la teoría llamada del dominio eminente del Estado, en cuya virtud, ante un claro problema de necesidad pública o de utilidad social, pueden los gobernantes ordenar la extracción de aquellos bienes del dominio de los particulares para aplicarlos a los fines de conveniencia social, con la precisa e inexcusable condición de abonar su justo valor a los desposeídos, más el precio de afección y los perjuicios que resulten demostrados» (cfr. sentencia de 4 de julio de 1957).

(11) Así, CASTALI: «Generaliter factum per viam legis... tunc restauratio non requiritur». Otras citas y autores en tal sentido pueden verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, cit., pág. 68, nota, y VILLAR PALASÍ, *Justo precio...*, cit.

(12) Citados por SCHEUNER, en *Verfassungsschutz des Eigentums*, 1954, págs. 81-82.

ria: los derechos adquiridos—que proceden de un título especial de adquisición—no se aportan por los ciudadanos a la comunidad social, formada esencialmente por los derechos naturales, que quedan así opuestos a aquéllos. Por esta razón sigue sin estar legitimado el Príncipe para intervenir en ellos, y de hacerlo, es procedente la indemnización. Por aquellos años se vió sustituida la doctrina del *ius eminens* por el derecho de la policía, que autorizaba al Príncipe para intervenir en la vida jurídica y económica del país, en virtud de una amplia *cura promovendi salutis*. No obstante, la extraordinaria vitalidad de los derechos adquiridos volvió a superar esta prueba, puesto que salvó su integridad económica incluso frente a las actividades de policía (13).

En este espíritu se redactaron los famosos artículos 74 y 75 de la Introducción al Código general prusiano de 1794 (EinlALR), que al cabo de casi dos siglos siguen siendo manejados ordinariamente en la jurisprudencia alemana:

«74. Los privilegios y derechos individuales de los miembros del Estado deben ceder ante los derechos y obligaciones que imponen el fomento del bien común, cuando surge entre ambos una auténtica colisión.

75. Por su parte, queda el Estado obligado a indemnizar al que se haya visto obligado a sacrificar (*aufopfern*) al bien común sus privilegios y derechos especiales».

A partir de entonces, la naturaleza de los derechos empieza a experimentar una transformación esencial de incalculables consecuencias: dejan de ser derechos derivados de un título especial y ya no se oponen

(13) Cfr. von BERG: En todo caso se entiende sin más y por sí solo que debe ser proporcionalmente indemnizado el que se haya visto precisado a sacrificarse por el bien común (*Handbuch des deutschen Polizeirechts*, 1799, I, pág. 90), citado por FORSTHOF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 8.ª ed., 1961, pág. 287.

(14) En el Derecho suizo, la teoría de los derechos adquiridos se mantiene aún durante todo el siglo XIX como garantía de la propiedad frente al concepto más limitado de la expropiación formal o clásica, que se desarrolla en un sentido idéntico al del resto de Europa, y que por la estrechez de su ámbito deja sin protección a los bienes no inmuebles. No obstante, «a fines de siglo, el concepto de los derechos adquiridos se vacía de contenido, y en la visión positivista, como en la jurisprudencia del Tribunal federal, descenden a la condición de un simple nombre para los derechos que gozan de la garantía de la propiedad. Lo cual oculta una tautología en cuanto no se mantiene, al menos la doctrina antigua, en las limitaciones de pretendidos o reales efectos retroactivos de las leyes». H. HUBER: *Oeffentlichrechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahme privaten Eigentums in der Schweiz*, en «Staat und Privateigentum», 1960, pág. 72.

a la noción de los derechos puramente naturales (en el sentido del contrato social), *para convertirse en el contrapunto de los derechos sencillamente garantizados en una Ley y, por tanto, anulables por el legislador* (14). Esta concepción fué consagrada legalmente en la *Kabinettsorder* de 4 de diciembre de 1831, que distingue dos supuestos:

a) Si la intervención estatal en la propiedad privada es debida a una disposición administrativa, opera el artículo 75 EinlALR.

b) Si se realiza *directamente por medio del legislador*, será la propia Ley quien decida sobre la procedencia de la indemnización, que de no ser prevista expresamente se supone denegada (15).

### III. EL ACTO INDIVIDUAL COMO CAUSA DE INDEMNIZACIÓN.

A partir de la KO de 1831 dejan de tener los derechos adquiridos substantividad propia. El problema se traslada ahora al objeto de la intervención (*jus quaesitum o jus naturalis*) al modo de la intervención (mediante norma general o mediante acto individual: *Einzelakt*). Ya no existen derechos preexistentes o naturales, puesto que todos pueden ser alcanzados por el legislador, que tiene facultades para marcarles su contenido y extensión. Tal es la fórmula del artículo 153 de la Constitución de Weimar (WRV): «El contenido y la limitación de los derechos se deducen de las Leyes».

La cuestión se formula técnicamente por la doctrina de la siguiente manera: Ante una intervención estatal en los derechos individuales debe determinarse si se trata de una delimitación de su contenido o de una mutilación del mismo; sólo en el segundo caso procede la indemnización. Durante la vigencia de la teoría absoluta del *Einzelakt* se resuelve el problema de una manera elemental mediante una equiparación formal:

a) Las normas generales delimitan los derechos: no hay indemnización.

b) Los actos individuales mutilan los derechos: hay indemnización.

Las primeras reelaboraciones modernas de esta teoría se deben a

---

(15) Cfr. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, 8.ª ed., vol. I, 1958, páginas 348-349: «(hipótesis) de una norma que autorice el sacrificio de un derecho individual, sin disponer nada con respecto a la obligación de indemnizar. En tal hipótesis debe considerarse que la indemnización no es debida y que la Ley considera al derecho completamente subordinado al interés público, o que ella provea por otro medio a la regulación de las relaciones entre la Administración y el particular».

ANSCHÜTZ (16) en Alemania y a R. HAAB en Suiza (17). Ambos autores han seguido en este punto una evolución paralela: Partiendo de una concepción formalista-procedimental (conforme a la cual, sólo serían expropiaciones las intervenciones sujetas al especial procedimiento expropiatorio), terminaron en esta teoría formal-instrumental del *Einzelakt*; que, a sus ojos, ofrecía mayores seguridades de protección jurídica, desde el momento que impedía posibles maniobras del Estado encaminadas a evitar la expropiación (es decir, la indemnización) mediante el simple arbitrio de excluirlas por un acto soberano del procedimiento expropiatorio.

La primera grieta del sistema apareció, no obstante, cuando el *Reichsgericht* (Tribunal Supremo del Imperio) empezó a admitir la existencia de expropiaciones no sólo en el caso ordinario tradicional (mediante acto individual basado en una Ley), sino en algunos supuestos especiales *directamente por una Ley*, cuando ésta afecta directamente a un individuo aislado o a las propiedades de un grupo (18).

Cerrado el paréntesis de la época nacional-socialista, en cuyos comienzos las Leyes de 24 de marzo de 1933 y 30 de enero de 1934 hicieron perder su rango especial a las normas constitucionales, la Constitución de Bonn (GG) insiste en la línea de la WRV, negando el concepto absoluto de la propiedad (su contenido y limitaciones quedan determinados por la Ley, art. 14), si bien esta facultad de limitación encuentra una barrera en el artículo 19, 2 («en ningún caso podrá ser afectado en su esencia un derecho fundamental»).

De esta manera, y frente a algunas sentencias aisladas opuestas, el criterio general de la jurisprudencia y de la doctrina responde al siguiente esquema:

- a) Las Leyes que limitan la propiedad, hasta el punto que llegan a afectar su esencia, son nulas por infracción del artículo 19, 2, GG (19).
- b) Las Leyes generales relativas a la propiedad, que limitan de al-

---

(16) *Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigung durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt*, en «Verwaltungsarchiv», tomo V, págs. 1 y sigs., primero, y más tarde, en *Kommentar zum Art. 153 der deutschen Reichsverfassung*, en «Zeitschrift für öffentliches Recht», 1926, págs. 145 y sigs., y *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11 August 1919*, 1929, págs. 400 y sigs.

(17) Cfr. *Das Objekt der Expropriation*, 1919, primero, y luego, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, tomo IV, 1929-1937, entregas 1-6.

(18) El Tribunal imperial (RGZ 103, 200) declara que la suspensión de la renta a la Casa Lippe-Weissenfeld constituye una expropiación, no obstante que había sido acordada mediante una ley expresa.

(19) Cfr., por todos, REINHARDT-SCHEUNER, *Verfassungsschutz...*, cit.

gún modo sus facultades no esenciales, producen las llamadas limitaciones de la propiedad en sentido técnico.

c) Los actos aislados mutiladores de la propiedad constituyen la expropiación.

La doctrina, no obstante, valientemente apoyada por la jurisprudencia (20), rectificó pronto esta actitud, y continuando una línea ya iniciada en la época de Weimar, atacó frontalmente la teoría del *Einzelakt*, hasta borrar las diferencias puramente formales que separan los supuestos de los apartados b) y c). Las críticas habrían de orientarse, como veremos luego, contra los defectos técnico-jurídicos que presentaba la *Einzelakttheorie*; pero en el fondo latía la noble aspiración científica de ampliar la protección de los particulares, que cualquier criterio formalista deja al descubierto forzosamente. Ya se ha indicado que precisamente la teoría del acto individual supone un acto dado en tal sentido, pero que resultó evidentemente insuficiente. Como ha dicho BACI, «tiene una peligrosa laguna, una puerta abierta por la que el Estado puede alcanzar —impunemente y sin indemnizaciones— los derechos particulares de los ciudadanos, ya que fuera de un acto individual no procede tal indemnización más que si el legislador la prevé expresamente. Lo que significa muy poco, ya que no tendría ninguna otra obligación constitucional» (21).

#### IV.—CRISIS DE LA TEORÍA DEL «EINZELAKT».

1. *Intervención basada en una Ley («auf dem Gesetz») o realizada por una Ley («durch das Gesetz»).*

Ya se ha hecho referencia más arriba a esta primera quiebra aparecida durante la época de Weimar. La cuestión ha sido zanjada definitivamente en la Constitución de Bonn, cuyo artículo 14, 3, determina que la expropiación *darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen* (sólo puede realizarse mediante Ley o con base a una Ley). En cualquier caso, debe tenerse siempre presente que la presencia mediata o inmediata de la Ley es imprescindible para la validez de la expropiación, en cuanto que sin ella, como garantía de la propiedad, tal expropiación se convierte literalmente en ilegal.

(20) Un abundante repertorio de sentencias en este sentido y de las diferentes posiciones doctrinales puede verse en W. WEBER, *Eigentum und Enteignung*, en «Die Grundrechte». t. II, 1954, págs. 341-342.

(21) Louis BACI, *La garantie constitutionnelle de la propriété*, 1960, págs. 224-225.

## 2. Crisis del concepto formal de Ley.

La teoría del acto individual hace a ésta contrapunto de un concepto de Ley que ya no puede admitirse. Es una característica del Estado moderno que ya no puede ser entendido en su típica forma como una oposición entre lo individual y lo general. Esto se aplica especialmente a la Ley. Con frecuencia las Leyes modernas ya no son normas abstractas y generales, lógicas en sí mismas, sino reacciones estatales a situaciones de necesidad o desequilibrio que deben salvarse. En el fondo de ellas late casi siempre, en menor o mayor grado, el carácter de *Massnahme* (22). En este mismo punto dejan de ser abstractas y generales. Y así se hace variable hasta el infinito el círculo de sus destinatarios concretos, sin que necesiten por ello prescindir en su texto de una fórmula general. Ciertamente que todavía puede distinguirse si la Ley afecta a un individuo o a la generalidad; pero de esta manera se marcan los dos extremos entre los que se abre una escala de innumerables grados. El acto aislado claro y la norma general clara no ofrecen dificultades. Pero las categorías intermedias de ambos son problemáticas, y en ellas no puede determinarse fácilmente si deben considerarse como regulaciones individuales (actos individuales) o como normas generales. Son Leyes que regulan, limitándoles, los grupos de propiedad individuales» (23). En estos supuestos—tan frecuentes, por lo demás—el criterio del acto individual no ofrece ninguna solución.

Esta circunstancia ha sido constatada en la célebre sentencia del Tribunal Federal Supremo (BGH) de 9 y 10 de junio de 1952, que, aun insistiendo en principio en la teoría del *Einzelakt*, señala cómo en los casos de propiedad de grupos «no es siempre fácil determinar cuándo existe una intervención provocadora de indemnización que afecta a la propiedad de un grupo, y cuándo se trata de una limitación general que no da lugar a indemnización». La sentencia sostiene el criterio de que las dificultades radican en la propia *naturaleza de las cosas* y que sólo pueden ser por ello superadas mediante un análisis detenido del caso individual.

La teoría del acto individual, casi unánimemente abandonada en la patria de su origen, parece haber encontrado acogida en la Ley española de Expropiación forzosa, cuyo artículo 1.º consigna el requisito de la

(22) «Medida». Sobre este concepto puede consultarse el número 15 de las VDSiRL: *Das Gesetz als Norm und Massnahme*, con Ponencias de MENCER y WEHRHAHN, y últimamente, K. ZEIDLER, *Massnahmegesetz und «klasisches» Gesetz*, 1961.

(23) FORSTHOFF, *Lehrbuch...*, cit., pág. 300.

*privación singular*. No obstante, su intérprete más calificado sostiene que tal teoría aparece conjugada en el texto de la Ley por una segunda nota, el beneficio o, mejor, por una doble nota: el beneficio de un lado y el perjuicio de otro, que caracterizan la lesión, que es el verdadero criterio de la expropiación (24).

Dejando aparte, por ahora, esta sugerencia de la doctrina española, conviene reanudar el hilo del desarrollo de la crisis de la teoría del *Einzelakt*: puesto que se ha rechazado un criterio formal de distinción, pareció forzoso en Alemania buscar un criterio material, tarea que no se presentaba nada fácil.

### 3. *Excurso: La teoría del sacrificio («Aufopferungstheorie»).*

Es importante advertir que esta teoría no significa en modo alguno un contrapunto de la teoría del acto aislado. Sistemáticamente aparece en este apartado, porque es un presupuesto para la inteligencia de la evolución doctrinal experimentada en la búsqueda de un criterio material.

La *Aufopferungstheorie* es un intento dogmático de explicar la razón de que determinadas intervenciones del Estado impongan a éste el deber de indemnizar. Como se recordará, esta explicación se basó durante varios siglos en la figura de los derechos adquiridos. Ahora bien, cuando el artículo 75 de la EinlALR supera formalmente esta doctrina para oponer los «derechos individuales» a los «derechos del bien común», y se da por obvio que aquéllos han de ceder ante éstos, emplea una expresión característica: *opfern* (sacrificar).

El mecanismo lógico de este precepto es, como hemos visto, el siguiente:

1.º Hay derechos individuales (no ya derechos adquiridos en sentido estricto) y derechos del bien común (no ya derechos del Príncipe).

2.º Cuando hay una colisión entre ambos, prevalecen los derechos de la comunidad, y los derechos de los particulares deben ser sacrificados.

3.º Este sacrificio implica un deber de indemnización.

Lo que sucede es que la asimilación automática legal que establece la KO de 1831 entre indemnización y acto aislado, al determinar de *iure* que todos los sacrificios son impuestos por actos aislados, hace pasar a segundo plano el problema del sacrificio (cobertura jurídica de la in-

(24) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, cit., págs. 67-75.

demnización) y el peso de la doctrina recae en el acto aislado (presupuesto legal de la indemnización).

Con estas aclaraciones es ya perfectamente comprensible por qué al desaparecer el acto aislado como presupuesto legal de la indemnización reaparezca automáticamente la problemática de su verdadera justificación jurídica. Si anteriormente a la pregunta principal de ¿cuándo hay indemnización, cuándo hay sacrificio?, se contestaba automáticamente: cuando hay intervención por un acto individual; ahora la pregunta carece de respuesta segura, y en buscarla se afana la doctrina.

La *Aufopferungstheorie* es, pues, repito, una cobertura general a todo el sistema de la responsabilidad de la Administración, que opera siempre en el fondo, en último extremo, pero que deja de tener relevancia inmediata y queda sólo subsidiaria cuando aparece una teoría que justifica directamente el deber de la indemnización. Esto es lo que sucedió durante la vigencia de la teoría del acto individual.

Deben hacerse, por último, otras observaciones sobre la teoría:

a) Encarnada legalmente en el artículo 75 EinlALR, esto no significa su aplicación con rango de Ley escrita en todo el territorio alemán. Como es sabido, el ALR sólo estuvo vigente en una parte del Reich, en el Reino de Prusia, y en su origen, concretamente sólo en sus ocho provincias orientales.

b) Su obligatoriedad actual deriva, según la doctrina tradicional que representa O. MAYER, del carácter de derecho consuetudinario que alcanza en el resto del Reich.

c) Modernamente, una mayor depuración técnica le concede la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho.

#### 4. Teoría de lo digno de ser protegido («Schutzwürdigkeitstheorie»).

Puestos a buscar un criterio material que sustituyera al puramente formal del acto individual, es esta teoría la que cronológicamente aparece primero (25). Según ella, el criterio debe basarse en la intensidad, gra-

---

(25) Su primera formulación y nombre se debe a W. JELLINEK, *Eigentumsbegrenzung und Enteignung*, en «Gutachten für 36 Deutschen Juristentag», 1931, t. I, págs. 292 y siguientes. Posteriormente, con un significado similar, la teoría de la exigibilidad (*Zumutbarkeitstheorie*), de STOEDTER, y la teoría de la substancia (*Substanzlehre*), de SCHELCHER. En la jurisprudencia suiza se ha recogido expresamente y con alguna frecuencia este principio de la substancia. El Tribunal Federal tiene declarado que «la garantía constitucional de la propiedad... hace relación a la materia y substancia de los

vedad y alcance de la intervención; por ello, aparece la expropiación cuando el derecho se ve afectado en su sustancia y cuando el sacrificio impuesto es inadmisibles si no va acompañado de indemnización. Cuál deba considerarse efectivamente digno de protección, es algo que se deduce de diversos elementos: de la historia, de la mentalidad general, del lenguaje ordinario y de la expresión de la Ley (26). La valoración de la gravedad de la intervención debe hacerse conforme a dos puntos de vista: objetivamente, en cuanto que la significación patrimonial de un derecho puede graduarse según una escala en la que, rebasando una determinada altura, debe considerarse afectada ya la sustancia; y subjetivamente, conforme al perjuicio sufrido por el propietario, perjuicio que, no obstante su subjetivismo, debe ser calificado por el Tribunal.

Estas doctrinas alcanzaron su apogeo en los años inmediatamente siguientes a la promulgación de la GG (que fué precisamente el momento de su recepción en España), pues parecían verse reforzadas en su artículo 19 citado, o, por mejor decir, es muy posible que tal artículo haya sido inspirado por las mismas, e incluso ha tenido acogida en el Tribunal Federal Supremo Administrativo (27). Al sostener, por ejemplo, en su sentencia de 27 de junio de 1957 que «el intento de caracterizar la expropiación como sacrificio especial no es una solución objetiva del problema, ya que en las normas, que ni se dedican a la generalidad ni afectan tampoco a un solo individuo, no ofrece un criterio por el que pueda determinarse cuándo se da una intervención individual aislada y cuándo una delimitación general. De aquí que lo decisivo no esté en el sacrificio especial, sino en el momento material del gravamen y alcance de la intervención».

Ahora bien, pasado el primer momento de euforia, ha reaccionado la doctrina en un sentido negativo, por entender que todas estas teorías ofrecen una inseguridad jurídica incompatible con el espíritu de la GG, y que no quedan sencillamente justificadas por la invocación del artículo 19 de la misma, ya que la crítica, elevándose de rango, afecta incluso a la oportunidad de este mismo precepto. Una formulación precisa de este espíritu se encuentra ya en la sentencia del BGH de 9-10 de junio

---

derechos, no a su contenido o a la manera especial de su ejercicio» (RO 39, I, 77). «Conforme a esta jurisprudencia—aclara BACI (ob. cit., págs. 205-206)—habría que distinguir, pues, entre la conservación, en su existencia misma, del derecho, lo que constituye la substancia, y el ejercicio de las mismas prerrogativas esenciales susceptibles de ser modificadas por el derecho subjetivo».

(26) Una sucinta exposición de estas teorías puede verse en VILLAR PALASÍ, *Justo precio...*, cit., especialmente págs. 14-21.

(27) Así lo entiende concretamente DUERIC, en JZ, 1958, pág. 22 y sigs.

de 1952: «dignidad de la protección y exigibilidad son unos conceptos tan descoloridos y flexibles... que su aplicación habría de acarrear grandes desigualdades... e introduciría una absoluta e incierta discrecionalidad sencillamente incompatible con la seguridad jurídica».

En Suiza ha sido también rechazado modernamente este criterio frente a una antigua jurisprudencia que distinguía entre limitaciones que afectaban a la *sustancia* de la propiedad, y limitaciones que, sin llegar a tanto, regulaban simplemente las modalidades de su ejercicio.

### 5. Teoría de la igualdad.

En el fondo se trata también de un *substratum* que es de aplicación en cualquier otra teoría, a la que complementa; pero que en H. WOLFF ha encontrado substantividad propia. El quebrantamiento del principio de la igualdad supone intervención en la propiedad privada.

WOLFF distingue dos clases de igualdad (29): en sentido material y en sentido formal. El principio de la igualdad formal se refiere a la relación entre el supuesto fáctico de una Ley y sus consecuencias jurídicas, que han de estar enlazadas de una manera objetiva, es decir, no arbitraria. Por ejemplo, si se hace depender del sexo o de la raza del propietario la cuantía del impuesto sobre un inmueble. El principio de la igualdad material se refiere, por el contrario, a las relaciones entre el supuesto fáctico legal y la esencia material real del mismo; por ejemplo, prohibición de edificar por causa de la proximidad de un aerodromo. Aquí la prohibición no se limita a los elementos esenciales reales del fundo (capacidad de cultivo y de ser edificado), sino que el supuesto fáctico legal se basa en algo accidental, que viene del exterior y que para nada afecta a la esencia real del fundo, concretamente la mera circunstancia de encontrarse en la proximidad del aerodromo.

La infracción de cualquiera de estos dos principios supone la ruptura de la igualdad ante la Ley, con la consecuencia de que no se trata ya de una limitación de la propiedad, sino de una mutilación de la misma. Ahora bien, el tratamiento jurídico de ambos supuestos es muy diferente: en el primer caso (desigualdad formal), hay nulidad; en el segundo, surge un derecho a la indemnización.

La formulación clásica de la teoría de la igualdad se debe a O. MAYER, quien la dedicó una especial atención a lo largo de su vida (30). La

(28) Cfr. HUBER, *Oeffentlichechtliche Gewährleistungen...*, cit., pág. 76, y L. BACI, ob. cit., págs. 212-213.

(29) *Verwaltungsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 296 y sigs.

(30) No sólo en el cuerpo de su *Deutsches Verwaltungsrecht* (3.<sup>a</sup> ed., págs. 295 y si-

gran preocupación de este autor fué encontrar una base común para los distintos supuestos de la responsabilidad del Estado. Ya se ha aludido antes a la naturaleza del derecho consuetudinario que asignó a la *Aufopferungstheorie* de los artículos 74 y 75 de la EinlALR (31). Esta teoría es una consecuencia de la *aequitas*, de la igualdad: de la misma manera que el Estado exige una contribución o tasa especial a los ciudadanos que disfrutan con carácter particular de alguno de sus servicios, debe también indemnizarse económicamente a los que se grava con una carga desigual que rompe la «ordenada igualdad de las cargas públicas». Consecuencia de todo esto fué la exigencia de una carga desigual y de una víctima especial como presupuesto de toda indemnización de derecho público, y la automática exclusión, por tanto, de las demás cargas—impuestos, contribuciones, etc.—que no rompen tal igualdad.

Estas ideas han encontrado una especial acogida en buena parte de la doctrina suiza (32), si bien ha sido indefectiblemente rechazada por los Tribunales de aquel país. BAGI reproduce las críticas posibles contra esta teoría (llamada de la *compensation de Droit public* en lengua francesa), que pueden resumirse de la siguiente manera:

1) Dificultad de poder determinar una desigualdad relevante, dado que por hipótesis debe admitirse la existencia de desigualdades entre los hombres y las relaciones jurídicas.

2) La concreción en individuos determinados de estas desigualdades supone, en el fondo, una equiparación a la teoría del *Einzelakt*.

3) El verdadero fundamento de la expropiación no es una intervención que produzca desigualdad, sino la intervención en los derechos constitucionales. Otra cosa sería admitir que el legislador puede mutilar o suprimir un derecho constitucional de todos los ciudadanos, sin dar lugar por ello a indemnización.

«Seductora a primera vista—termina este autor—la teoría de la compensación de derecho público (de la igualdad), no podría ser consagrada por la jurisprudencia sin destruir peligrosamente una serie de elementos positivos. Además, es insuficiente, puesto que el propietario no quedaría protegido contra la expoliación y ataques realizados bajo la

---

guientes), sino en otras dos monografías: *Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht* (1904) y *Die Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen*, en «Sachs'sches Archiv für Rechtspflege», t. 8, (1913).

(31) En último extremo, más que en un derecho consuetudinario, quiso basar su doctrina en el *Juristenrecht*, el «derecho de los juristas», que surge a través de la práctica constante de los Tribunales. La labor de la jurisprudencia sería aquí, pues, formar un principio general único manejable para todas las indemnizaciones de derecho público por encima de las variadas regulaciones especiales.

aparición de una igualdad formal. Sobre ello conviene que los derechos patrimoniales encuentren plena protección en el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad privada, mientras que los demás principios constitucionales no deberían jugar en este punto más de un papel complementario». Aunque, por otra parte, no deje de reconocer que esta teoría «tiene indudables méritos, ya que, procediendo de una idea noble y sana del derecho, coloca todo el problema en el terreno de la justicia. Hay una gran verdad en la constatación de que, de acuerdo con los principios elementales de la justicia distributiva, nadie puede ser gravado con sacrificios especiales en beneficio de la comunidad: la repartición de las cargas y de los sacrificios indispensables o necesarios debe hacerse con respeto al principio de la igualdad, y hay una injusticia manifiesta cuando se pisotea este principio. El sacrificio especial encuentra efectivamente una justa compensación en la indemnización» (32).

El principio de «la igualdad ante las cargas públicas», que fué durante muchos años la base de la teoría de la responsabilidad en el Derecho francés, también empieza a ser desplazado en un sector de la doctrina de aquel país. La actitud de CHAPUS, consagrado especialista de esta materia, no puede ser más tajante: «Para convencerse de lo mal fundado de esta posición, basta observar que si fuera efectivo tal principio, deberían ser reparados todos los daños causados a determinados particulares por el funcionamiento de los servicios públicos, ya que no podría considerársele como el fundamento de un régimen de responsabilidad más que si la reparación tuviera que ser acordada desde el momento que el daño ocasiona una ruptura de esta igualdad, y, por otra parte..., si la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas fuera la condición necesaria y suficiente del derecho a reparación. Pues bien, éste no es el caso del derecho positivo: cualquiera que sea el tipo de responsabilidad, siempre son necesarias, además, otras condiciones para abrir el derecho a la reparación, y, en todo caso, el Juez no se preocupa en absoluto de indagar si el daño cuya reparación se pide cumple una condición de especialidad». Y más adelante, resume de una manera definitiva: «En el estado actual del derecho positivo, el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas carece de toda pertinencia» (33).

(32) BACI, *La garantie...*, cit., págs. 227-232.

(33) *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1954, págs. 344-346. La primera revisión crítica del concepto procede de HAURIUO. Cfr., no obstante, un juicio relativamente reciente de WALINE (*Cinquante ans de jurisprudence administrative*, Dalloz, 1950,

La jurisprudencia española ha visto en ocasiones el fundamento de la expropiación en este principio de igualdad ante las cargas públicas. Así, la sentencia de 21 de noviembre de 1955: el fundamento de la expropiación está «en el principio de igualdad ante la Ley en el reparto de las cargas públicas, según el cual quien se ve privado de su propiedad no debe sufrir él solo el perjuicio, sino que debe ser soportado y compartido por la colectividad beneficiada, de la que aquél también forma parte, compensando de esta suerte la carga que supone la privación de la propiedad con la que implica su resarcimiento mediante la adecuada indemnización». Y la de 10 de octubre de 1957: «... así concilia el Fuero, aplicando el principio de igualdad en las cargas públicas, el acto de soberanía patrimonial de la expropiación con el derecho del propietario a no ser privado del valor de sus cosas, que será apreciado justamente conforme a la Ley aplicable». De todos modos, se trata de declaraciones abstractas de las que la jurisprudencia no ha llegado a extraer conclusiones prácticas especiales.

#### 6. *Teoría de la utilización privada.*

R. REINHARDT, en una conferencia publicada en 1952 que alcanzó gran resonancia (34), pero que, en definitiva, no ha encontrado seguidores, después de rechazar por insuficientes los criterios formales al objeto de encontrar una solución material definitiva, ha integrado el problema de la expropiación en el de la propiedad, y ambos en el gran complejo constitucional: sólo a la luz de la GG pueden plantearse debidamente las grandes cuestiones jurídicas de la Alemania actual. Esto supone relativizar radicalmente el problema, pero también darle unas bases más firmes, ya que ni la expropiación ni la propiedad pueden considerarse independientemente. Si es obvio que a la modificación de la propiedad se corresponde la de la expropiación, y si tampoco puede dudarse que la propiedad no es otra cosa que un dato más en la regulación constitucional, parece lógico que antes de entrar en el problema de la expropiación deben examinarse previamente los principios económicos-jurídicos que dominan la GG.

chr. VI): «La más grande creación de la jurisprudencia en el último medio siglo ha sido, sin duda, la consagración de la idea de la igualdad ante las cargas públicas, que ha determinado, entre otras consecuencias, una verdadera transformación de la teoría de la responsabilidad».

(34) REINHARDT-SCHNEIDER, *Verfassungsschutz...*, cit. A este respecto es muy significativo el subtítulo del primer trabajo: «Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäss art. 14 Bonner Grundgesetz über Inhalt und Schranken des Eigentums zu befinden».

Según REINHARDT, la Constitución de Bonn expresa el principio de la utilización privada como fórmula para resolver la atención entre los intereses públicos y privados (35). El principio de la utilización privada no debe identificarse con el del interés privado al estilo liberal, pero concreta la afirmación de que el orden económico y social de la Alemania de hoy persigue la utilidad privada de los bienes, y a tal objetivo deben reconducirse todas las normas interpretativas. Entrando en conflicto los intereses privados y el general, es claro que aquéllos deben ceder ante éste; pero la determinación de si esta cesión constituye una expropiación o una limitación, debe hacerse con el criterio de la utilización privada. Cuando las limitaciones son tales que impiden la utilización real de la cosa por parte del propietario, se convierten en una expropiación. La garantía de la utilización privada «no significa retrasar toda coacción que ejerza el poder público para asegurar la utilización pública, sino limitación de esta coacción a las medidas que no paralicen o excluyan de manera importante, sino que más bien fomenten, el principio de la utilización privada y su función como factor ordenador de la economía» (36).

### 7. *Teoría del carácter de la Ley.*

El mismo sentido de la Ley es quien mejor puede darnos un criterio definitivo. Hay Leyes que expresan de algún modo una codificación o reproducción del ordenamiento (entiéndase bien: la totalidad del ordenamiento, no simples Leyes expresas), ya existentes sobre la propiedad: aquí se trata de simples limitaciones de la propiedad en sentido técnico. Pero hay otras Leyes que sin conexión con el ordenamiento vigente facilitan una intervención en la propiedad: son casos de expropiación. En los casos de duda, la labor del Juez no ha de consistir en analizar la relación entre tal norma y el objeto, sino entre la norma especial y el conjunto del ordenamiento ya existente (37).

(35) El autor pretende encontrar un apoyo a su teoría en la abstracta formulación de las sentencias del 9 y 10 de junio de 1952: «La garantía de la propiedad y de la protección de la expropiación, tal como se ha desarrollado uniformemente en su esencia en los círculos culturales occidentales..., se apoyan en la siguiente situación de tensión: El particular integrado en el Estado para poder vivir entre sus iguales como una persona, es decir, libre y responsable de sí mismo, y para no convertirse en un simple objeto de un poder estatal superpoderoso, necesita, por causa de su libertad y de su dignidad, una esfera de propiedad rigurosamente asegurada en lo jurídico. Pero, por otra parte, el Estado tiene que poder intervenir en los derechos patrimoniales de sus ciudadanos, cuando los objetivos comunes superiores así lo exijan claramente».

(36) *Verfassungsschutz...* cit., pág. 25.

(37) SCHUMACHER, *Der Begriff der Enteignung*, NJW (1951), pág. 53 y sigs.

### 8. Conclusión.

Carece de sentido continuar esta enumeración de teorías. Como ha dicho LANDMANN, «ninguno de los criterios, sean de naturaleza formal o material, ha encontrado general reconocimiento. No obstante, todos estos problemas han contribuido a aclarar la situación y a mostrar la necesidad de una reforma de los artículos 14 y 19 GG, a causa de las numerosas dudas que presentan y de las desagradables consecuencias que han tenido en la práctica. En todo caso, debe renunciarse a una fórmula fija para determinar en cada caso concreto cuál sea expropiación y cuál obligación, ya que ambos factores—que deberían estar separados por la fórmula buscada—dependen de las diferentes concepciones que hay sobre el ámbito que ha de concederse a la propiedad, y por ello su amplitud es variable. Las teorías imaginadas son ciertamente excelentes ayudas para responder a la pregunta sobre el carácter de una intervención en la propiedad, y también es de aplicación en los casos concretos, como ha hecho el BGH, el criterio de la infracción del principio de la igualdad para caracterizar la expropiación. Pero también tiene el BGH que reconocer que en los casos de propiedades por grupo la diferencia entre la delimitación general, que no da lugar a indemnización, y la intervención que afecta desigualmente y que da lugar a ello, tropieza frecuentemente con graves dificultades que sólo es posible resolver mediante un examen minucioso del caso concreto. No hay que olvidar que, en último extremo, es asunto del Juez y de sus convicciones éticas el ponderar lo que sea compatible con los deberes sociales de la propiedad y no sea expropiación por no afectar al contenido esencial de la misma, y cuál sea expropiación propiamente dicha» (38).

#### V.—ALGUNOS PUNTOS DE VISTA QUE PUEDEN TENERSE EN CUENTA EN UN CRITERIO MATERIAL DE DISTINCIÓN ENTRE INTERVENCIONES DELIMITADORAS Y MUTILADORAS DE LA PROPIEDAD.

Las últimas frases de la cita anterior nos ponen ya sobre la pista del verdadero camino a seguir. Desaparecido el criterio-formal automático, no se ha podido encontrar posteriormente ninguna otra fórmula que resuelva sin más como una panacea los continuos y graves proble-

(38) LANDMANN, GIERS, PROKSCH: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., 1960, página 184.

mas que este tema suscita. Los intentos de dar una solución unitaria al llamado criterio material han fracasado y todos son muy discutibles, como hemos visto. El verdadero método ha de consistir, pues, en ofrecer un repertorio de puntos de vista, lo más precisos posibles, que ha de tenerse en cuenta en el momento de analizar cada caso concreto, y aceptar resignadamente la imprecisión última que de este método ha de derivarse. Si la Ciencia del Derecho es un sistema de respuestas, no ha de entenderse tal como la mecánica confrontación de lo consultado a unas normas concretas y omnicomprensivas. La condición del jurista dista tanto del oráculo ungido y arbitrario como de la precisa máquina automática.

En este sentido, los criterios materiales aludidos en el epígrafe anterior son de aplicación aquí, si bien no como criterios esenciales, y por tanto únicos, sino como simples puntos de vista que pueden tenerse en cuenta en cada caso concreto. A ellos conviene añadir, en este modesto pero eficaz rango, algunos otros:

### 1. *La función social de la propiedad.*

Nunca llegará a entenderse una figura jurídica moderna relacionada con la propiedad si no se tiene presente este carácter esencial de la propiedad moderna, que ha superado y hecho envejecer la totalidad de las instituciones tradicionales. No es éste el lugar de hacer un análisis detenido de este principio, que ha encontrado acogida en la mayor parte de las legislaciones (39). El artículo 153, 3, WRV, reproducido casi literalmente en el artículo 14, 2, de la GG, declara: «La propiedad obliga. Su uso debe estar simultáneamente al servicio del bien común» (40).

Con tan tajantes afirmaciones es fácil comprender que en el momento de determinar si una intervención administrativa es delimitadora o mutiladora de la propiedad, es imprescindible ponderar siempre si la aparente mutilación no viene referida a esta función social y se trata,

---

(39) Declaración XII del Fuero del Trabajo: «Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas al interés supremo de la Nación, cuyo intérprete es el Estado». Artículo 30 del Fuero de los Españoles: «Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la Nación y del bien común». Cfr. igualmente el Principio X de la Ley de principios fundamentales.

(40) La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 4 de julio de 1957 hace referencia expresa a ello: «La Ley de Expropiación forzosa de 10 enero de 1879... tiende a no permitir ni la expoliación por confiscación de la propiedad individual, ni el ejercicio eminente del Estado sobre los bienes integrantes del Patrimonio nacional, sino el haber ya atisbado la finalidad del servicio o función social de la propiedad».

en el fondo, de aplicación de sus fines sociales, y, por tanto, no da origen a una indemnización (41).

Con ocasión del Congreso de Profesores de Derecho público celebrado en Göttingen en 1951 fué debatido ampliamente el tema de la función social de la propiedad, ya que afectaba directamente a uno de los temas propuestos («expropiación y socialización»). Por aquellas fechas, dado lo reciente de la aparición de la GG y la incógnita que aún representaba el desarrollo futuro de la economía del país, no pudieron extraerse, a mi juicio, buena parte de las conclusiones que tan sugerente tema lleva consigo. Son, sin embargo, dignas de retención las siguientes observaciones de IPSÉN:

a) Teniendo en cuenta las modernas transformaciones de la estructura del Estado y de los métodos de la economía estatal, la propiedad a que se refiere el artículo 14 GG ha de deducirse de la dirección estatal.

b) La determinación del contenido de la propiedad por medio de Ley, en sentido formal, reservada y admitida en el mismo artículo 14, está situada curiosamente en la parte dedicada por la Constitución a los derechos fundamentales, y significa algo más que una limitación admisible de la propiedad, concretamente una normación positiva del campo de facultades del propietario.

c) La vinculación social de la propiedad no es solamente una regla de interpretación, sino también una encomienda y concesión de facultades del legislador para una conformación socializadora en el ámbito de la propiedad; de aquí que no se encuentre limitada por el artículo 2, 1, de la GG (42).

SCHNEIDER ha ido analizando (43) lo que corresponde a expropiación y lo que corresponde a función social de la propiedad en los siguientes supuestos:

1) *Ordenación de la vivienda.*—La vinculación social de la propie-

(41) El primer desarrollo técnico de esta idea se debe a HAMANN, *Ueber die Abgrenzung von Eigentum und Sozialbildung*, NJW, 1952, págs. 401 y sigs. En el llamado derecho de viales, son frecuentes los ejemplos de limitaciones de la propiedad, que tienen este carácter y no el de expropiaciones, precisamente por la vinculación de la limitación. Así, el deber de los vecinos de permitir en sus inmuebles la instalación de señales y demás objetos que precisa el tráfico y la conservación de las vías. Incluso la obligación de los vecinos de participar en el costeamiento de la contribución de una calle, ha sido considerado por la doctrina como una consecuencia de esta función social. Cfr. KSOLL, *Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1961, págs. 450 y 460.

(42) IPSÉN, *Enteignung und Sozialisierung*, en VdStRL, 1952, pág. 120.

(43) *Verfassungsschutz*..., cit., págs. 117-121.

dad es aquí muy intensa, de tal manera que ordinariamente nos encontramos ante limitaciones y no ante expropiaciones.

2) *Agricultura*.—Al servir las empresas agrarias no sólo al beneficio del propietario, sino al abastecimiento nacional, están sujetas a limitaciones muy frecuentes.

3) *Arte*.—Aún son más intensas aquí las intervenciones estatales no expropiatorias en beneficio del interés artístico general.

4) *Economía*.—En este campo se entrecruzan de tal manera las técnicas de la expropiación y las limitaciones, que es imposible obtener una idea general unitaria.

5) *Urbanismo*.—Es el ámbito clásico de las limitaciones modernas de la propiedad.

6) *Impuestos*.—Los impuestos pueden actuar como auténticas medidas expropiatorias cuando rebasan sus fines naturales y se proponen una nueva configuración de la propiedad.

## 2. *Reserva legal.*

Expresado más exactamente: Reserva de carácter constitucional en favor de Leyes que se propongan de una manera directa la regulación de la propiedad (44). Se trata de un complemento del principio anterior, que pretende explicar.

Es evidente que para que el principio de la función social de la propiedad pueda operar es preciso que el legislador conscientemente se haya propuesto tal fin. El ejemplo académico es el de la Ley del Suelo, cuyas múltiples restricciones vienen impuestas precisamente por la consideración inicial de la propiedad urbana como encarnada en la función social del urbanismo. El caso es muy significativo si se compara con alguna otra prohibición similar, pero no impuesta por razones de urbanismo, sino por la proximidad, por ejemplo, de una fortaleza militar. Aquí el sentido de las prohibiciones es muy otro: el objetivo de la Ley que las impone es la seguridad de la defensa nacional, en la que sólo incidentalmente se ven afectados algunos inmuebles. La función social de la propiedad ningún papel juega en este punto, y por ello no podría invocarse tal principio como neutralizador de la obligación genérica de indemnizar. Esto en el Derecho alemán es muy claro.

La doctrina suiza, con una técnica mucho más imprecisa, no ha llegado a estas conclusiones. En este país la separación de los conceptos de

(44) Cfr. FORSTHOFF, *Lehrbuch...*, cit., pág. 302.

limitación y expropiación se realiza conforme a unas normas generales muy amplias. «Bajo el concepto de expropiación se encuentra no solamente la mutilación de la propiedad o de otros derechos patrimoniales o el gravamen de la misma con derechos reales, sino también las órdenes y prohibiciones administrativas, concretamente policiales, por las que se limita al propietario su disposición o aprovechamiento sobre la cosa. Ciertamente, en tales casos, cuando se encuentran fundamentados en una Ley, se trata sencillamente de una simple aplicación de limitaciones generales de la propiedad de carácter legal». La doctrina ha encontrado una reiterada formulación jurisprudencial relativamente precisa: «Excepcionalmente sus efectos (los de las limitaciones) pueden ser en algunos casos aislados de una calidad tal, que lleguen a considerarse como una intervención en el derecho de la propiedad, intervención material, ya que no formal, que aparece como una expropiación. Así se considera ordinariamente en la jurisprudencia... cuando se prohíbe al propietario el uso de una cosa, valorable económicamente, que hasta entonces hubiera ejercido lícitamente, o cuando la prohibición sea excepcionalmente grave, o cuando sólo queden afectados por ella uno o unos pocos propietarios, de tal manera que se vean precisados a realizar un gran sacrificio en bien de la comunidad, si no son indemnizados» (45). He aquí, pues, que los criterios manejados en las múltiples teorías a que se acaba de aludir, son considerados como simples puntos de vista que deben ser tenidos en cuenta en el momento de resolver el caso concreto.

### 3. *Exclusiones.*

Hay casos en que opera algún elemento especial que excluye sin más la posibilidad de indemnización, lo que contribuye indudablemente a que los campos debatidos queden mejor perfilados.

a) El primer supuesto académico se refiere a las intervenciones administrativas que no afecten a derechos subjetivos, sino a intereses. A este respecto hay una jurisprudencia abundantísima e interesante, cuya casuística es ocioso repetir. No faltan, sin embargo, excepciones. La más conocida se refiere a la indemnización concedida a los vecinos de una calle, que se vieron perjudicados por el descenso de nivel de la misma producido por unas obras municipales (46). FORSTHOFF justifica el caso

(45) Cfr. HUBER, ob. cit., págs. 74 y 75. El mismo autor, dos páginas más adelante, afirma rotundamente: «Considero equivocada la teoría que afirma que las limitaciones policiales nunca pueden constituir una expropiación natural».

(46) RG, 145, 107.

por entender que la calle es un establecimiento administrativo que sirve para numerosos fines, y entre ellos y especialmente el de los vecinos (47). A mi juicio, aquí tendría aplicación el principio de la buena fe (*Treue und Glaube*), que autoriza a los vecinos para confiar en el mantenimiento de la situación creada por la propia Administración. Sólo en este sentido puede entenderse la interpretación de FORSTHOFF.

El artículo 1.º de la Ley española de Expropiación forzosa hace mención expresa de «intereses patrimoniales legítimos». «Esta alusión a los intereses legítimos—dice GARCÍA DE ENTERRÍA—debe entenderse 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 a que se remite la jurisprudencia) serán sólo aquellos sumamente calificados, cuyo sacrificio imponga la consecuencia de una indemnización» (48).

b) Otra exclusión que no merece mayor comentario se refiere a las intervenciones provocadas por la culpa del particular. Por ejemplo, prohibición de construir o reparar un edificio, o incluso orden de desalojarlo cuando el mismo se manifiesta peligroso (49).

c) Supresión de ventajas previamente concedidas por la Ley con carácter discrecional y revocable.

(47) *Lehrbuch...*, cit., pág. 305.

(48) *Los principios...*, cit., pág. 51. La observación es muy importante, porque, como hace notar el mismo autor, la doctrina española—de marcada influencia italiana—, elaborada sobre los intereses legítimos, lo hace en vista al problema de la justicia administrativa, lo que la hace inaplicable al punto concreto que se estudia. El propio autor se ha referido al ejemplo del Derecho alemán sobre variación de rasantes.

(49) Sobre la culpabilidad de la víctima, cfr. T. MOREAU, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, 1957: «Si la «atención» del juez por la víctima ha tenido por efecto transformar las reglas de la institución, esta modificación, por su parte, ejerce recíprocamente su influencia sobre la propia concepción de la víctima. La cual ya no es, como en el siglo XIX, el humilde mendigo que solicita una limosna del servicio autor del daño, sino una verdadera persona jurídica titular de derechos y, al tiempo, sujeta a ciertos deberes. La víctima no es solamente el individuo que ha experimentado pasivamente un perjuicio, sino además el elemento central, por cuya consideración se inicia el proceso.»

La responsabilidad del poder público conserva, pues, una doble función económica y penal: es a la vez reparación y sanción, garantía y pena privada. En esta calidad es donde puede verse la causa de la aproximación evidente de los derechos público y privado en el campo de la responsabilidad. En efecto, mientras el problema de la responsabilidad dependía exclusivamente de consideraciones relativas al servicio autor del perjuicio, la autonomía total del derecho público se justificaba por las necesidades de la acción administrativa; pero desde el momento en que la jurisdicción administrativa considera también a la víctima, esta explicación pierde su fuerza, puesto que el problema que deben resolver los magistrados de las dos jurisdicciones es, en el fondo, análogo: ¿Cómo asegurar a una víctima inocente la reparación a que tiene derecho?» (pág. 248).

## VI. DISPERSIÓN DOGMÁTICA.

Una vez deslindado—mejor o peor—los campos de la delimitación de los derechos y de la mutilación de los mismos, podemos lanzar ya una ojeada sobre la sistemática de posibilidades que se ofrecen en este último supuesto. En el derecho alemán, a raíz de la publicación de la GG, hay un amplio repertorio de intervenciones administrativas que dan lugar a indemnización, cada una de las cuales origina acciones diferentes:

A) Basadas (las intervenciones) en una Ley: Dan lugar a una *Entschädigungsanspruch*, al amparo de:

- a) 75 EinlALR (*Aufopferungsanspruch*).
- b) o a un *Enteignungsanspruch*, si son expropiaciones en el sentido del artículo 14, 3 GG.
- c) Otras especiales disposiciones legales.

B) Actos ilícitos no culpables: Originan *Aufopferungsansprüche*.

C) Actos ilícitos culpables de los funcionarios: Originan *Schadenersatzansprüche* (839 BGB).

De esta variedad conviene destacar la existencia de un factor común: Los *Aufopferungsansprüche*, que operan en los apartados A) y B) (el apartado C) constituye un sistema cerrado en sí mismo e independiente), y concretamente de la siguiente manera:

A) En este apartado, como base válvula de escape que cubre todos los supuestos que no están afectados por una norma especial, sea la expropiación, sean otras disposiciones especiales.

B) En todo caso.

Estas acciones son un reflejo de la vieja teoría del sacrificio, de la que más arriba se ha hablado y que, como se ve, aún conserva por estas fechas una gran importancia de doctrina general, que sólo cuenta con algunas excepciones en que no opera: actos delictivos de los funcionarios, expropiación y disposiciones y leyes especiales.

De una manera más sistemática y general puede hacerse la siguiente clasificación:

A) Responsabilidad de Derecho Civil.

a) Contratación administrativa.

b) Actividades no soberanas de la Administración.

- B) Responsabilidad de Derecho administrativo.
- a) Por intervenciones lícitas (entre ellas la expropiación).
  - b) Por intervenciones ilícitas no culpables.
  - c) Por intervenciones ilícitas culpables (con responsabilidad penal para los funcionarios).
  - d) Por riesgo (que es una subespecie de las ilícitas no culpables).

## VII. EXPROPIACIÓN FORZOSA.

La expropiación forzosa ocupa en el esquema anterior, a decir verdad, un lugar bien modesto. Se trata de una simple figura que justifica la indemnización de la Administración y da lugar a la aplicación directa de la teoría del sacrificio, y como simple excepción de ésta. Ahora bien, está dotada de una fuerza expansiva tan extraordinaria que pronto va a salirse de este modesto papel para absorber e integrar en ella la mayor parte de los supuestos de la indemnización administrativa, de tal manera que de simple excepción de una regla vendrá a ocupar ella misma, al final de una evolución imperialista, la categoría de regla, para soportar por su parte algunas, pero muy pocas, excepciones.

Para explicar este proceso va a exponerse primero de una manera sucinta su concepto originario o clásico y desarrollarse luego las fases de su evolución expansiva (50). En todo caso, hay que tener siempre presente un dato fundamental: la expansión de la expropiación no se realiza a costa de una extensión de la responsabilidad del Estado, sino, posteriormente, a costa de absorber las demás figuras explicativas de tal responsabilidad, una vez que ésta ha sido declarada. Dicho de otro modo, y de una manera simplista, la responsabilidad del Estado, que a fines del siglo XIX se entiende todavía de una manera muy restringida, puesto que sólo se admite cuando una Ley la habilite expresamente (51),

(50) Este proceso ha sido consagrado por la jurisprudencia a lo largo de una serie de sentencias, que más adelante se examinarán: pero, como no podía ser menos, ha sido la doctrina quien la ha fomentado y preparado de una manera decisiva. Ya en la época de Weimar defendieron algunos autores que la expropiación cubriese todos los supuestos de responsabilidad del Estado referidos a daños patrimoniales. Así, STOEDTER, *Oeffentlich-rechtliche Entschädigung*, 1933, y *Zur Frage der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch*, 1936, y KATZENSTEIN, *Entschädigungspflicht des Staates bei rechtswidrig schuldloses Ausübung öffentlicher Gewalt*, 1935.

(51) Para comprobar lo escaso del ámbito de la responsabilidad estatal a finales del siglo pasado basta leer los manuales de la época. Cfr., por ejemplo, la obra clásica de ANSCHUETZ, *Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigung durch rechtmässige Handha-*

empieza a extenderse por impulso jurisprudencial, basado ordinariamente en una aplicación amplia de la teoría del sacrificio. Pues bien, el papel que juega la expropiación en estos casos es ir detrás de la teoría del sacrificio y *en los casos en que la responsabilidad del Estado ya está admitida y justificada por la misma, sustituir tal justificación por la teoría de la expropiación*. El proceso tiene, pues, tres fases distintas perfectamente diferenciables:

- 1.<sup>a</sup> No se reconoce la responsabilidad del Estado.
- 2.<sup>a</sup> Se reconoce al amparo de la teoría del sacrificio.
- 3.<sup>a</sup> La teoría del sacrificio se sustituye por la de la expropiación, y el supuesto se convierte en una *cuasi-expropiación*.

La significación de estas fases es naturalmente muy distinta. El paso de la primera a la segunda representa un enorme progreso en las garantías de los ciudadanos, mientras que el paso de la segunda a la tercera parece más un cambio de técnica jurídica, que ordinariamente supone también un progreso, pero siempre mucho menor que el anterior.

Antes de entrar en el análisis de esta evolución del Derecho alemán, conviene lanzar una ojeada—a modo de recurso—sobre la evolución del Derecho francés. El ejemplo es aleccionador porque nos demuestra hasta qué punto son diferentes las bases en que se apoya en uno y otro país el mismo instituto de la responsabilidad del Estado.

Según J. MOREAU (52), pueden observarse en Francia tres fases analógicas que él denomina teológica, metafísica y positiva.

En la *edad teológica*, que se extiende desde el año VIII hasta la segunda mitad del siglo XIX, se afirma el principio general de la irresponsabilidad del Estado. Según este autor, ello obedece a tres causas:

---

*bung der Staatsgewalt*, en «Verwaltungs Archiv», 1897, págs. 1 y sigs. Es admirable la constancia con que la jurisprudencia alemana ha ido aumentando los casos de responsabilidad desde entonces hasta la hora presente.

(52) *L'influence...*, cit., págs. 3 y sigs. Por lo que afecta a la supuesta rareza de los daños e indemnizaciones resultantes de la actividad del Estado en el siglo XIX, H. F. KOEHLIN (*La responsabilité de l'État en dehors des contrats de l'an VIII à 1873*, 1957) ha demostrado sin dejar lugar a duda que no es del todo cierta la escasa actividad que se atribuye al Estado en aquella época, y que las intervenciones estatales eran variadas y numerosas. «Nuestra época no tiene el monopolio ni de los ataques a las personas y a los bienes, ni a las demandas de reparación. Las guerras multiplicaban los daños, los tratados no respetaban siempre los intereses privados, la actividad legislativa o gubernamental despreciaba los derechos adquiridos, la adaptación a los cambios económicos y al progreso técnico se hacía penosamente. Y, por último, el funcionamiento imperfecto de los servicios públicos, lo mismo que hoy, causaba daños o hacía aparecer negligencias culpables» (pág. 143). Teniendo en cuenta que las conclusiones de este autor se basan en una minuciosa investigación de los textos jurisprudenciales de la época, vivo reflejo de la realidad, estas observaciones son una prueba más de la relatividad de las afirmaciones puramente sistemáticas o conceptuales.

1) La no desaparición de las tesis absolutistas del siglo anterior, conforme a las cuales el soberano estaba dotado de una voluntad jurídica superior a los individuos. Estas tesis siguieron siendo mantenidas por los juristas imperiales, y la reorganización administrativa de Napoleón no hace sino reforzarlas. 2) En aquel tiempo, la responsabilidad estaba ligada necesariamente, y era axiomático que «el Rey no podía hacer mal». 3) El número de daños era escaso, dada la clase de actividades ordinarias del Estado.

En la *edad metafísica* (hasta 1905) el aumento de la actividad del Estado, por una parte, y de otra una mayor afirmación de la conciencia jurídica popular, claman por el principio de la responsabilidad, que, en efecto, termina imponiéndose, aunque de una manera—como dice el *arrêt Blanco*—ni general ni absoluta. Estas limitaciones pudieran también explicarse por dos razones: 1) el carácter pretoriano de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que le impide hacer tabla rasa del pasado y del presente jurídico. 2) El carácter evolutivo del Derecho en general, que no evoluciona por saltos. La doctrina avanza lentamente y los viejos juristas, por geniales que sean, no pueden renegar de la formación de su juventud. A fines de siglo todavía sigue insistiendo el gran LAFERRIÈRE en que «lo propio de la soberanía es que se impone a todos sin compensación».

La llamada *edad positiva* se inicia con el *arrêt Greco* (10-2-1905) que, al significar el fin de la irresponsabilidad del Estado, posibilita (y es a la vez efecto) del aumento de los servicios estatales, que pueden así extenderse sin ofender la conciencia jurídica nacional, cada vez más sensible.

Cerrado este excursus, volvamos al Derecho alemán:

### 1. *La forma clásica.*

La expropiación forzosa, como instituto jurídico, aparece en el siglo XIX ligada a un fenómeno concreto: la construcción de las grandes obras públicas, especialmente los ferrocarriles y vías públicas. Estas obras públicas hicieron surgir una serie de figuras jurídicas de carácter instrumental, que por un grave error de perspectiva quedaron asimiladas durante muchos años a las mismas, sin reparar en que su relación con ellas era puramente accidental. De esta manera se asimiló la concesión de obras públicas a la concesión por antonomasia, el contrato de obras públicas al contrato administrativo, y la expropiación de inmuebles en beneficio de una obra pública a la expropiación tipo. La

depuración de estos conceptos ha costado casi un siglo a la doctrina posterior.

La expropiación así configurada suele denominarse «clásica» y sus caracteres esenciales son los siguientes:

1. Ha de hacerse por medio de un acto administrativo.
2. Se refiere a propiedades inmuebles.
3. Supone la transmisión de la propiedad (53).
4. En beneficio de un ente o empresa pública concreta (54).

Si se compara esta estructura con la de la expropiación en sentido moderno, puede apreciarse que ninguno de estos elementos se ha conservado. En efecto:

1. Ya no es imprescindible el acto administrativo; la intervención puede ser realizada directamente mediante una Ley.

2. Tampoco es necesario que se refiera a propiedades inmuebles, sino que su objeto puede ser cualquier derecho patrimonial.

3. Sin llegar a la transmisión de la propiedad, basta con que se trate de una mutilación de la misma que no sea simple delimitación del dominio.

4. También se suprime la afectación al beneficio de empresas públicas e incluso terceros determinados. Este último paso fué dado por la jurisprudencia—no sin viva oposición—con el siguiente motivo: Incluido un edificio de la ciudad de Hamburgo en el Patrimonio Artístico de la ciudad—con la subsiguiente limitación al propietario de su uso y disposición—el BGH concedió una indemnización no obstante que, como es evidente, tales limitaciones no se imponen en beneficio de personas o empresas determinadas, sino del interés artístico general (55). Esto

(53) Sobre este elemento se basó la teoría de la *Uebereinigung* (FLEINER, M. WOLFF), que pretendió caracterizar materialmente la expropiación por el dato de que en ella se daba un fenómeno de transmisión de la propiedad, frente a los criterios puramente formalistas.

(54) SCHEUNER (*Verfassungsschutz...*, cit., pág. 83 y sigs.) ha sometido a la expropiación clásica a una dura crítica para demostrar la vinculación de la misma a la idea liberal de la propiedad. Las consecuencias de este análisis son claras: de un lado, la ausencia de pretendido «clasicismo», la que es una manifestación jurídica más de una forma concreta del Estado, y de otro, la necesidad de que el concepto se transformase al evolucionar con los años la idea de la propiedad. Por lo mismo que cualquier modificación de la idea de la propiedad afecta a la expropiación, cualquier modificación en la idea de la expropiación hace sospechar que algo ha evolucionado en la propiedad.

(55) Compárese esta tesis con la de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre la necesidad de la existencia de un beneficiario en *Los principios...*, cit., págs. 69 y sigs. La jurisprudencia insiste en que no hay expropiación cuando no hay transferencia de la propiedad ni de ningún otro derecho real en beneficio del Estado. No obstante, he encontrado una excepción, bien es verdad que sin antecedentes y sin reiteraciones: El *arrêt* de 20 de mayo de 1930 ha considerado a la servidumbre de clasificación de monumentos históricos como una desmembración de la propiedad, y ha calificado a esta servidumbre de expropiación

supone en sustancia una reivindicación de la dicción literal de la Ley —el bien común (56)—, que en el concepto clásico de la expropiación se había identificado erróneamente con el interés concreto del Estado en la ejecución de las obras públicas. Como ha precisado con mejor rigor el *Staatsgerichtshof* de Baden: «El bien común no es aquel interés público que viene determinado por consideraciones de utilidad u oportunidad para la ejecución de fines estatales y demás públicos, ni tampoco tiene por único contenido el bienestar público o el poder del Estado, sino que se dirige también a la garantía de la justicia y de la paz interior. Por esta razón la gravísima intervención expropiatoria en beneficio del bien común sólo puede justificarse cuando acarrea notables e indudables beneficios para *todo* el pueblo» (57).

5. La doctrina contemporánea pone un énfasis especial en la exigencia de la *Junktim-klausel*, formalmente exigida ahora en el 14 GG, y que supone que en la misma Ley que se autoriza la expropiación debe determinarse los sistemas de valoración y cuantía de la misma. Según esto, cuantas leyes autoricen una expropiación y no regulen al tiempo su indemnización—lo que sucedía antes con cierta frecuencia—son nulas. La severidad con que los Tribunales han aplicado esta cláusula produjo en un tiempo cadenas de nulidades, pero el resultado final ha sido que el legislador no olvida ya este presupuesto, abandonando la ligereza con que actuaba años atrás en materia de expropiación.

## 2. De la transmisión de inmuebles a la mutilación de derechos patrimoniales.

La versión clásica de la expropiación forzosa, surgida al calor de las obras públicas, vivió durante mucho tiempo sin presentar una problemática difícil, precisamente porque las intervenciones estatales en la vida económica se limitaban casi exclusivamente a la realización de tales obras. Los problemas surgieron cuando después de la primera guerra mundial se vió precisado el Estado a intervenir en casi todos los

---

parcial. Se trataba de oponer la indemnización de expropiación a la indemnización de clasificación, y para mejor llegar a una solución, se hizo una comparación entre las dos indemnizaciones, entre las debidas a la expropiación total y las debidas a la expropiación limitada, encajando a la de la clasificación de monumentos históricos entre estas últimas. Cita tomada de R. BRICHET, *Le régime des monuments historiques en France*, 1952, páginas 20-21.

(56) Constitución de Frankfurt de 1849: *gemeines Besten* (art. 164); Constitución prusiana de 1850: *öffentliches Wohl* (art. 9); Constitución de Weimar: *Wohl der Allgemeinheit* (art. 153); Constitución de Bonn: *Wohl der Allgemeinheit* (art. 14).

(57) Cit. por W. WEBER, ob. cit., págs. 382-383.

campos de la vida económica y social. En estas circunstancias el concepto clásico de la expropiación se vió rebasado por completo y estuvo a punto de ser abandonado por inútil. Para cubrir estos supuestos inéditos de mutilaciones singulares de derechos distintos a la transmisión de la propiedad fundiaria, cabían dos soluciones: o se recurría a un nuevo instituto jurídico, que indemnizase genéricamente, o se aplicaba el concepto de la expropiación.

La creación de un nuevo instituto tropezaba, sin embargo, con graves dificultades: las estructuras económico-sociales que habían desbordado el concepto clásico de la expropiación habían aparecido en un momento de exacerbación legal positivista. El legislador aspiraba por aquellos años a regular *toda* la actividad del Estado, tendencia que junto a su aspecto positivo significa un grave desconocimiento de figuras, protectoras incluso de los propietarios, que no han tenido acogida en la Ley. Esto es lo que sucedió con la expropiación: la inexcusable exigencia de su previa fundamentación supuso el terminar de una vez para siempre con posibles extralimitaciones administrativas; pero, por otro lado, también el cerrar el paso a formulaciones genéricas de cobertura, como habían sido en un tiempo los derechos administrativos.

Ante esta situación, puesto que la expropiación era el único medio habilitado por la Ley para estos efectos, se vieron obligadas la doctrina y la jurisprudencia a incluir en ellas supuestos evidentemente no expropiatorios, pero que de esta manera encontraban acogida en la protección legal. El positivismo legal hizo saltar, pues, del concepto formal al concepto material de la expropiación. En esta dirección sólo se detendría la expropiación ante una frontera: la limitación de la propiedad. Hasta ese punto todo terminaría por ser ocupado por ella.

En este último sentido inició la marcha M. WOLFF (58), quien dando por sentada la necesidad de indemnizar la apropiación administrativa de los derechos de crédito, entonces tan frecuente, proponía el extender a ellos el concepto de la expropiación, como una garantía de la propiedad. Obsérvese que el caso hubiera podido también resolverse mediante la aplicación directa de la teoría del sacrificio. Sin embargo, fué la expropiación quien extendió su ámbito al nuevo supuesto. FORSTHOFF hace notar a este respecto (59) el violento cambio experimentado en el Derecho alemán con motivo de la guerra y de sus consecuencias: en la época imperial la aparición del instituto de la expropiación, en cuanto

(58) En *Reichsverfassung und Eigentum*, en el «Berliner Festgabe für W. Kahl», 1923.

(59) *Lehrbuch...*, cit., págs. 289-290.

garantía jurídica, había sido consecuencia de la posición relativamente debilitada de la propiedad inmueble frente a las demás formas de propiedad, intangibles en términos absolutos. Si estas últimas no gozaban de la garantía de la expropiación, era precisamente porque no necesitaban de ella, ya que su posición era absolutamente segura al no ser intervenidas por el Estado. Pero en la época de Weimar la situación cambia de signo: el Estado irrumpe bruscamente en casi todas las manifestaciones de la vida social y mientras la propiedad inmueble se ve ahora asegurada por la vieja figura de la expropiación, los derechos crediticios se encuentran inermes.

La jurisprudencia y la doctrina han seguido sin vacilar la doctrina marcada por WOLFF. El artículo 1.º de la Ley española de Expropiación es un ejemplo bien elocuente del resultado de esta tendencia.

Como se ha visto más arriba, el desarrollo de todos estos supuestos constituye el primer grupo de responsabilidad administrativa: intervenciones legáles. En el Derecho suizo se ha llegado a una equiparación (práctica) entre la expropiación y las llamadas intervenciones lícitas (que aquí no se configuran con una técnica autónoma), conforme al siguiente principio jurisprudencial: «Las limitaciones de la propiedad sólo son admisibles cuando tienen un fundamento legal, se refieren al interés público y dan lugar a indemnización cuando sus resultados se equiparan a los de una expropiación» (60).

### 3. *De los negocios jurídicos de gravamen a los actos ilícitos no culpables.*

La batalla más importante librada por la expropiación en su progresión imperialista ha tenido lugar, no obstante, en el campo de la imputabilidad. Batalla, por cierto, decidida por la jurisprudencia—en favor de la expropiación—el 9 de junio de 1952.

La primera dificultad que se encuentra es la de determinar la existencia misma de tales supuestos, pues para un sector de la doctrina no es fácilmente comprensible que puedan admitirse actos cometidos por el Estado que sean ilícitos, sin que medie imputación de culpabilidad. Sin embargo, tradicionalmente vienen admitiéndose tres supuestos: 1) Actos que en sí son ilícitos, pero cuya ilicitud es producida por engaño del particular o error excusable de la Administración en la determinación de los hechos que tipifican la norma. 2) El acto es en principio lícito, pero la ilicitud sobreviene después por causas ajenas a la

(60) HUBER, *Oeffentlichrechtliche Gewährleistung...*, cit., pág. 99.

Administración (detención de un individuo por testimonio declarado falso en posterior sentencia; anulación jurisprudencial por ilegal de la norma que justificó el acto). 3) Actos legales que acarrear accidentalmente daños: Así, por ejemplo, los causados por una vacunación obligatoria.

ZANOBINI, aun aceptando sin vacilar esta posibilidad, se ha hecho perfecto cargo de esta aparente dificultad: «Responsabilidad del Estado por actos legítimos (es una) expresión que con su innegable contradicción terminológica demuestra con qué amplitud la responsabilidad de Derecho público se aleja de la ordinaria, fundada exclusivamente en la ilicitud del daño» (61).

Como más arriba se ha expuesto, ha sido siempre muy rigurosa la distinción conceptual entre expropiación y daños ilícitos causados por la Administración. En el Derecho francés, como es sabido, ocupan sistemáticamente lugares muy lejanos y sin ningún punto de contacto. Y si en el Derecho alemán la distinción era menos rigurosa, no por ello dejaba de ser muy precisa:

1.º La expropiación es legal; los daños son ilícitos.

2.º La expropiación es un negocio jurídico; los daños son actos o resultado de los mismos (excluidos por hipótesis los daños contractuales).

3.º La expropiación viene cubierta por el artículo 14 GG; los daños (no culpables) carecen de un precepto específico regulador y ha de recurrirse, por tanto, a la teoría general del sacrificio. Al menos ésta era la situación bien avanzado el siglo XX, puesto que, originariamente, no estaban sancionados los daños producidos por el Estado con un deber genérico de indemnización. En un principio se negaba rotundamente la responsabilidad de la Administración por actos ilícitos, no sólo en base a la presunción política de que el Estado no puede obrar ilícitamente, sino desde el punto de vista jurídico, por aplicación *a sensu contrario* del artículo 839 BGB, que exige culpabilidad del funcionario para dar lugar a la indemnización. W. JELLINEK fué el primero que inició una brecha en este reducto de la responsabilidad, exigiéndola en los casos de daños no culpables que hubieran ocasionado de alguna manera un beneficio a la Administración; su justificación sería, pues, la teoría del enriquecimiento injusto (62). La aplicación general de la teoría del sacrificio a estos supuestos ha sido obra posterior del Tribunal Supremo del Imperio.

Pues bien, ante figuras jurídicas tan dispares aparentemente, ¿cómo

(61) *Corso...*, cit., v. 1, pág. 347.

(62) Cfr. *Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., págs. 328 y sigs.

es posible pretender su integración en un instituto común? Lo contrario parece más lógico, es decir, una precisa distinción entre las llamadas teorías de la indemnización y de la responsabilidad, tal como ha hecho en España GARRIDO FALLA, sobre todo si se tiene en cuenta la regulación de la materia en nuestra patria en el Código Civil, cuya interpretación ha sido siempre tan confusa como desastrosas sus aplicaciones prácticas. Sin embargo, la evolución en los derechos extranjeros ha sido muy otra.

En Francia, hasta 1873, el fundamento de responsabilidad no es la falta del Estado o de sus agentes: «En casos de daños por obras públicas de supresión de una industria, el Estado no comete una falta: toma las medidas estimadas conformes al interés público; pero acuerda, no obstante, su garantía a las víctimas de la operación. Esta concepción es extraña al *Code civil*, tal como era interpretado entonces... Aquí nos encontramos en presencia de un régimen especial de responsabilidad (si se parte del postulado de que no hay reparación sin responsable). No obstante, este régimen, so pena de una extensión desmesurada, no podía admitirse fuera de los textos expresos que le preveían, y no era capaz de llegar a ser derecho común en una época que ignoraba la socialización de los riesgos». *La idea de la falta se introduce luego progresivamente*: «El desarrollo de la responsabilidad *pour faute* es debida a los Tribunales judiciales, quienes intentaron aplicar a las faltas cometidas en servicio por los agentes de la Administración, las reglas del artículo 1.384 del *Code*. Y si la materia escapó a su competencia—salvo en los casos de gestión privada—, ello no obsta para que el *Conseil d'Etat* se viera obligado a sustituir la teoría civil por un régimen similar al no poder rehusar un tipo de responsabilidad que los Tribunales habían acordado». Pero, en último extremo, «a diferencia del *Code civil*, la responsabilidad no es ni general ni absoluta: se acercará mucho a la del Derecho privado cuando las necesidades del servicio no se opongan..., pero se alejará cuando el acto se refiera al Poder público» (63).

En el momento actual se está volviendo a la posición primitiva, eli-

---

(63) H. F. KOEHLIN, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à 1873*, 1957, págs. 144-147. Cfr. también la fundamental monografía de CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1954, de cuya página 342 procede la nota siguiente.—Por lo que respecta a la doctrina italiana, puede verse en ALESSI (*La responsabilità della pubblica amministrazione*, 2.ª ed., 1951, págs. 152 y sigs.) una larga serie de autores que prescinden del criterio de la culpabilidad. ALESSI rechaza expresamente esta posición. Como es sabido, este autor ha desarrollado minuciosamente la doble teoría de la indemnización y de la responsabilidad, tal como ha hecho en España GARRIDO FALLA.

minando el concepto de la culpabilidad de la teoría de la responsabilidad. Esta se configura jurídicamente como una «garantía», es decir, «la obligación de reparación se imputa a la persona a quien incumbe, *sin que se le exija la comisión de una falta*». La justificación de la responsabilidad se encuentra más bien «en la idea de que debe haber una correlación entre las ventajas y la carga de los riesgos de una actividad o de un estado de cosas cualquiera, según el principio de la equidad que se expresa en el adagio clásico: *Ubi emolumentum, ubi et onus esse debet*».

Por lo que respecta a la doctrina alemana, la aplicación de la teoría del sacrificio a los supuestos de simples daños constituyó un enorme avance en la protección de los derechos de los particulares, al superar el principio de la irresponsabilidad genérica del Estado y de la responsabilidad especial de los funcionarios en los casos delictivos. Este sistema, indudablemente imperfecto, hubiera podido ser soportable en los tiempos del Estado liberal, cuando las intervenciones del Estado en la vida económica eran escasas y los daños, por lo general, nada cuantiosos, de tal manera que en ocasiones era posible su cobertura con el peculio particular de los funcionarios. Pero en el Estado moderno resultaba absolutamente inadmisibles. En la actualidad es permanente la intervención del Estado en la vida social, y los daños que causa son tan frecuentes como cuantiosos. Sería absurdo pretender su cobertura por el funcionario. Añádase a ello que el mecanismo administrativo diluye con frecuencia las responsabilidades personales, de tal manera que es casi imposible encontrar una persona culpable entre los funcionarios.

O. MAYER fué el primero que suprimió radicalmente el criterio de la culpabilidad de la Administración. Para él la nota esencial (aparte del sacrificio desigual) era sencillamente que la Administración soberana del Estado hubiera causado el daño, con independencia de la forma en que éste se hubiera realizado. En último extremo, ilicitud y culpabilidad podrían tener importancia precisamente para excluir algunos supuestos de presunta responsabilidad, como el caso fortuito o la culpabilidad del ciudadano.

Como hemos visto, fué la jurisprudencia del Tribunal Imperial la que dió forma a este proceso, que técnicamente presentaba muy graves dificultades: por de pronto, no había un precepto legal que justificase la indemnización, ya que el 75 EinlAR sólo se refiere literalmente a las intervenciones lícitas, pero, por otro lado, elementales razones de justicia abonaban la extensión de la responsabilidad a todos los supuestos de daño con independencia de la culpabilidad, tal como había hecho O. MAYER. Ahora bien, el Tribunal Imperial no podía aceptar la técnica de

O. MAYER por su marcado sabor iusnaturalista, que la debilita jurídicamente. De aquí que para llegar al mismo resultado escogió formalmente otro camino, apoyándose en los principios generales de una hipotética teoría del sacrificio, de la que el 75 EinlALR sería sólo una concreción parcial referida a las intervenciones lícitas. Con esto se cumplió la primera fase del proceso general aludido: extensión de la responsabilidad del Estado; luego vendría la tercera, la absorción por la expropiación de las demás técnicas.

Otra de las razones que impulsaron la extensión de la responsabilidad del Estado a los actos ilegales o culpables (en el campo de los órganos de la Administración la culpabilidad subjetiva del agente se integra en la ilegalidad objetiva del acto) fué el giro publicista que fué adquiriendo la teoría de la responsabilidad. Mientras el Derecho administrativo estuvo dominado por las técnicas civilistas sólo se admitía la responsabilidad por culpa. Este es aún, en general, el sistema de nuestro Código Civil. De aquí que casi se consagre la irresponsabilidad de la Administración, y en los casos excepcionales en que se admite, se hace al amparo de la hipotética *culpa in eligendo* de un agente especial. En una dogmático de Derecho público puro la teoría de la culpa es completamente superflua. De aquí surge la responsabilidad de la Administración sin culpa o por actos lícitos. Otra cosa es, naturalmente, la extensión a estos supuestos de la figura de la expropiación, tal como se realizaría posteriormente.

Así las cosas, vivieron durante algún tiempo perfectamente deslindadas las instituciones de la expropiación y de los daños ilícitos no culpables. Pero pronto pudo comprenderse que esta separación tan lógica y excusable, desde el punto de vista teórico, resultaba superflua en la realidad, ya que en este terreno o no había diferencia alguna en su tratamiento, o, cuando la había, los resultados eran contraproducentes, puesto que por azares del ordenamiento el particular se encontraba en una situación más desventajosa frente a las intervenciones antijurídicas que frente a las jurídicas.

En el Derecho alemán esto se aprecia muy claramente en los supuestos de expropiación. El Tribunal puede conceder directamente la indemnización solicitada por el particular, mientras que si se trata de una intervención no autorizada por una norma (supuesto típico de la ilicitud) debe limitarse a anular el acto, y sólo por la vía indirecta de la *Folgenbeseitigungsansprüche* (64), pueden conceder la indemnización.

(64) Sobre este concepto, cfr. A. NIETO, *La inactividad de la Administración pública y el recurso contencioso*, en el número 37 de esta REVISTA, 1962.

Sistema que se complica aún mucho más, si se tiene en cuenta que es distinta la jurisdicción para las materias expropiatorias (jurisdicción ordinaria) que para las de anulación de los actos administrativos y *Folgenbeseitigungsansprüche* (jurisdicción contencioso-administrativa).

Una situación tan ilógica exigía pronto remedio: Se imponía un tratamiento común a ambos supuestos. El problema fué abordado por fin por el BGH. Ante el Tribunal se ofrecían dos posibilidades lógicas: o bien aplicar una doctrina común general a ambas instituciones, o bien extender sin más el ámbito de aplicación de la una al de la otra. Esta solución fué la aceptada, y como la expropiación ofrece más garantías jurídicas que la teoría del sacrificio, se extendió sin más la teoría de la expropiación a los supuestos de daños ilícitos no culpables. Así surgió la llamada cuasi-expropiación.

Del tenor de la famosa sentencia de 9-10 de junio de 1952 pueden extraerse los siguientes principios:

1. Intrascendencia de las causas de Imputación: «Para la situación de víctima del afectado no significa ninguna diferencia el que la intervención haya sido jurídica, ilícita no culpable o ilícita culpable» (65).

2. Cuasi-expropiación: «Es necesario tratar como una expropiación—dice literalmente la sentencia—a las intervenciones antijurídicas del poder estatal en la esfera jurídica del individuo, cuando por lo que respecta a su admisibilidad legal aparecen como una expropiación tanto por su contenido como por sus consecuencias jurídicas, siempre que éstas hayan impuesto realmente al afectado un auténtico sacrificio».

3. Vigencia de la teoría del sacrificio: en principio se reconoce y ratifica la vigencia de los principios jurídicos de carácter consuetudinario que la jurisprudencia del RG ha desenvuelto, con referencia a los artículos 74 y 75 de la EinlALR, en las llamadas *Aufopferungsansprüche*; ahora bien, estos principios sólo operan cuando no se trata de una expropiación en sentido técnico.

4. En su consecuencia, y como resultado de la consideración legal de la expropiación en los supuestos de daños, serán los principios de la expropiación los que han de regirlos y no los de la teoría del sacrificio (66).

(65) Cfr. LANDMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 171.

(66) Criterio sentado en la sentencia de 12 de abril de 1954: «El principio del sacrificio sigue rigiendo como garantía de los particulares en cuanto no se limita a la protección de los derechos patrimoniales. Pero en cuanto aparece una intervención de carácter soberano en los derechos patrimoniales en sentido amplio, queda sustituido el principio general del sacrificio por la regulación específica de la expropiación».

5. Si la expropiación ha sustituido a la teoría del sacrificio en todos los daños sobre derechos patrimoniales, esta última ha reducido su campo de aplicación específico a los daños corporales, que se resolverán conforme a los principios generales elaborados en torno al artículo 75 de la *EinlALR*.

¿Qué influencia han ejercido estas tendencias en el Derecho español? A mi modo de ver, fundamental, hasta tal punto que sin su análisis sería imposible comprender el brusco cambio que significa la Ley española de Expropiación forzosa de 1954, que enlaza directamente con ellas, a falta de un proceso evolutivo doctrinal y jurisprudencial de la concepción clásica de la expropiación, que en España no se ha dado.

En la Ley española—descartada la evolución interior y los elementos doctrinales italianos y franceses, que tienen menor importancia—se reflejan de alguna manera los principios del Derecho alemán que acaban de bosquejarse. La concepción clásica de la expropiación forzosa española ha desaparecido de un golpe, y la nueva expropiación ha adoptado un aire progresista de la mayor audacia. En este sentido sólo se echa de menos la eliminación del principio de *Einzelakt*, que ha pervivido, aunque, como ya se aludió más arriba, tampoco puede entenderse en un sentido riguroso.

La innovación más interesante se refiere, sin embargo, a la nueva regulación del artículo 121 de los daños y perjuicios causados por la Administración. A este respecto, hubiera podido creerse—y de hecho así se ha mantenido—que su consignación se debía a meras razones de oportunidad legislativa para sustituir la anacrónica vigencia del artículo 1.903 del Código Civil (67); pero sin que esta figura tuviera ningún contacto esencial con la de expropiación forzosa. No obstante, la conocida obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, tantas veces citada más arriba, ha proporcionado una sólida base doctrinal integradora de ambas instituciones, formando el necesario contrapunto dogmático a la idea legal.

Parece evidente que la nueva Ley—nueva en un sentido riguroso y no

---

(67) La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 21 de enero de 1961 es una de las más asombrosas que ha aparecido nunca en la «Colección Legislativa». En un caso de daños producidos por la explosión de un polvorín, siete años después de la publicación de la Ley de Expropiación forzosa, desconoce absolutamente su artículo 121, así como el 133 del Reglamento y el artículo 40 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, y aplica el Código civil. Lo curioso del caso es que esta sentencia es, a su modo, progresiva—y en todo caso justa y muy aguda—, pues para atender a las explicables razones de los reclamantes, afirma el criterio extensivo de la negligencia de la Administración como causa de responsabilidad. Conviene advertir que este asombroso olvido debe imputarse, en primer lugar, a los mismos defensores de los varios recursos acumulados.

simplemente cronológico—no podía abordarse con técnicas tradicionales ya anticuadas. GARCÍA DE ENTERRÍA se ha acercado a la Ley con unas técnicas nuevas de clara inspiración germánica (la utilidad y aun la necesidad de cuyo manejo era evidente, dada la influencia que las mismas habían tenido en la propia Ley); pero operando con absoluta independencia ha sabido crear un sistema original adaptado a la Ley española, y que muy esquemáticamente puede resumirse así:

a) Separación esencial entre expropiación (negocio jurídico directamente dirigido al despojo) y daños (fruto de hechos jurídicos u—ocasionalmente entonces—de actos jurídicos).

b) Criterio común de la lesión indemnizatoria frente al criterio ordinario de la culpabilidad y construcción técnica del concepto de lesión sobre una idea original de la antijuridicidad, que es desplazada desde la actividad del agente al resultado en el patrimonio del dañado.

c) La lesión indemnizatoria se enlaza a la administración obligada mediante una serie de causas de imputación.

a') Comisión material lícita del daño: los llamados daños legítimos (aunque excluyendo de este concepto, según el criterio del apartado a), las expropiaciones propiamente dichas).

b') Comisión material ilícita: la doctrina de la culpa o de la irregularidad del servicio.

c') Riesgo creado por la Administración.

d') Enriquecimiento sin causa.

e') La cobertura de la imputación del funcionario.

d) La distinción entre daños ocasionados con y sin culpa juega únicamente a los efectos de la extensión de la indemnización, que es objetiva en el caso de los daños legítimos y se extiende además a todos los perjuicios derivados en el caso de daños culpables (68).

---

(68) Cfr. *Los principios...*, cit., especialmente págs. 203 y sigs. En contra puede verse la réplica minuciosa de GARRIDO en su *Tratado...*, cit., tomo 2, págs. 220 y sigs., nota 9, que puede enunciarse así: a) En los casos que él incluye en la teoría de la indemnización, cabalmente lo primero que descubre es la *licitud* de la actividad administrativa causante del perjuicio se corresponde con una obligación jurídica de respetarla. b) El concepto de responsabilidad hace abusión a ideas que nada tienen que ver con los supuestos de indemnización. c) La radical diferencia entre responsabilidad e indemnización aparece cuando se aplica al campo de las relaciones especiales de poder. d) La mejor prueba de la diversidad de instituciones está en la variedad de soluciones arbitradas en cada caso por la doctrina, la jurisprudencia y el ordenamiento positivos. e) La unificación que realizó la Ley de Expropiación forzosa no es tan radical como pudiera

Como puede observarse, tal esquema ha superado de una manera esencial sus posibles orígenes alemanes. Prescindiendo de ellos, a la vista exclusivamente de la Ley y del Reglamento de Expropiación, puede ofrecerse el siguiente cuadro:

Negocios jurídicos .....	}	Expropiación perfecta: Art. 1 del Reglamento.
		Expropiación imperfecta: Art. 2 del Reglamento.
		Ocupaciones temporales: Cap. 1, tít. IV de la Ley.
Hechos jurídicos: otros daños: Cap. II, tít. IV de la Ley...	}	Supuestos del artículo 120 de la Ley.
		Supuestos del artículo 121 de la Ley.

En la mecánica de nuestro ordenamiento la expropiación forzosa está caracterizada por dos notas esenciales: *el ser un negocio jurídico* y *el que se trata de un procedimiento*. En este segundo elemento se encuentra la gran originalidad del Derecho español, que afirma así su autonomía—y su progreso—frente al Derecho alemán. Faltando alguno de los dos elementos, la lesión producida no puede configurarse como una expropiación y ha de ir a parar a los supuestos de la vía de hecho del título IV de la Ley. La falta de esta distinción es el gran fallo del sistema germánico: los alemanes, en su afán por dar una base constitucional a las intervenciones administrativas, han considerado como expropiación simples actos que carecen de la nota del procedimiento expropiatorio. Entre nosotros la situación es muy distinta: por un lado la Ley obliga a la Administración a sujetar a un procedimiento (el procedimiento expropiatorio) todas sus intervenciones voluntarias en los patrimonios particulares; y, por otro lado, las intervenciones no sujetas a procedimiento (¿cómo podría hablarse de procedimiento en los daños del artículo 121?) dejan de ser expropiaciones para convertirse en simples títulos de indemnización.

Fácil es comprender que este rígido sistema, tal como quedó expuesto en la Ley de 1954, ofrecía un grave inconveniente—y así lo hizo obser-

---

desprenderse de la afirmación de ENTERRÍA. f) Es falso que la idea de culpa o negligencia haya dejado de jugar en esta materia.

Sin ánimo y sin autoridad para terciar en una discusión entre maestros, parece conveniente insistir, no obstante, en que GARCÍA DE ENTERRÍA no desconoce el valor de la culpa en el campo de la responsabilidad de la Administración. Una cosa es que le niegue el papel de *criterium* y otra que prescinda de ella. Es evidente que la culpa juega un papel muy importante, especialmente en el momento de señalar la indemnización: «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 separación. En el otro supuesto (especialmente en las formas extremas: dolo, culpa grave), la imputabilidad efectiva de la totalidad de los daños o perjuicios derivados (valor subjetivo del daño, en equívoca denominación separación integral) parece incuestionable» (*Los principios...*, cit., págs. 232-233).

var ya GARCÍA DE ENTERRÍA—: obligada la Administración a seguir un procedimiento—y un solo procedimiento: el expropiatorio—podría esto resultar excesivo por falta de flexibilidad para los numerosos casos de expropiaciones «imperfectas», es decir, las no típicas, que son a las que se dirigen fundamentalmente los trámites desarrollados en la Ley. Es una realidad que la Administración no interviene solamente en el patrimonio de los particulares por medio de expropiaciones típicas (no podemos usar el adjetivo «clásicas» por tratarse de un término con significación ya acuñada, y algo distinta, como ha de verse), sino por otra serie muy numerosa de intervenciones (69). ¿Cómo debería actuar la Administración en estos casos? Sólo caben dos soluciones: o sujetándose al procedimiento expropiatorio típico legal (con la consecuencia de su excesiva complicación, lentitud y falta de variedad de posibilidades) o no sujetándose al mismo (con la consecuencia, no menos grave de excluir la expropiación y de convertirse totalmente en una vía de hecho). El dilema era, pues, verdaderamente trágico.

Para salvar esta dificultad el Reglamento de 1957 ha desarrollado en su artículo 2.º una segunda posibilidad: la de las expropiaciones «imperfectas», es decir, expropiaciones no sujetas al procedimiento de la Ley, sino al señalado en las disposiciones especiales que autoricen tal expropiación. Esto, al menos en cuanto a su extensión, procedimiento y normas de valoración (núm. 1.º de dicho artículo). De esta manera se rompe la rigidez procedimental expropiatoria típica sin romper la unidad institucional, ya que en el número 2.º se insiste en la aplicación sin excepciones de los elementos clave del procedimiento expropiatorio: las garantías jurisdiccionales, intervención del jurado de expropiación, responsabilidad por demora y reversión.

El Reglamento ha venido a cerrar, pues, una peligrosa laguna que la Ley no había aclarado suficientemente. Pero en un análisis riguroso cabe plantear aún una serie de problemas: obsérvese que el artículo 2.º habla de «expropiaciones... que no hayan sido reguladas por los títulos III y IV de la Ley». En el título IV se encuentran las indemnizaciones por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, que como se indica más arriba, no son expropiaciones. Aquí caben dos interpretaciones:

1.ª El concepto de la expropiación ha seguido su línea expansiva y, quizá contra la voluntad del legislador, se ha apoderado de estos supues-

---

(69) Un ejemplo de ellas y una aplicación del principio puede verse en el Prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA a la obra de NIETO, *Ordenamiento de pastos, hierbas y rastrojeiras*, tomo 1, 1959.

tos indemnizatorios. Esta explicación, considerada desde el punto de vista de la temática del presente trabajo, es muy plausible; pero no debe ser aceptada porque quebrantaría un sistema legal técnicamente más perfecto.

2.<sup>a</sup> Esto fuerza a una segunda interpretación: cuando el artículo 2.º del Reglamento se refiere al título IV de la Ley, está contemplando solamente los supuestos de su capítulo I.º. Aquí está pagando el Reglamento un error de la Ley: el haber hecho de este título IV un cajón de sastre donde conviven—apenas separados en capítulos distintos—figuras tan dispares como las ocupaciones temporales y los «otros daños». A mi modo de ver, las ocupaciones temporales son auténticas expropiaciones, ya que en ellas concurren las dos notas esenciales a que se aludía más arriba: el ser actos negociables dirigidos directamente al despojo y el estar sujetas a un procedimiento, siquiera no sea el típico de la expropiación. De aquí la incongruencia de agruparlas en un mismo título con los otros daños. Conocidas razones de oportunidad legislativa parecen ser la explicación de esta contradicción, pero no evitan fenómenos como el que ahora se analiza.

Aún podría señalarse una peculiaridad, quizá reprobable, del régimen español. Como es sabido, en la mayor parte de los ordenamientos extranjeros está atribuido a los Tribunales el señalamiento del montante de las indemnizaciones expropiatorias. Esta es una técnica defendible, pero nuestro legislador ha entendido que es aún más perfecta la forma de los Jurados de expropiación. Pues bien, si los Jurados de expropiación han de operar en nuestro país más hábil y matizadamente, ¿por qué no se ha extendido este sistema a los casos de indemnización por daños? Entiéndase bien, no es que los Tribunales hayan de valorar mejor o peor que los Jurados de expropiación; no es que se dude de su competencia y objetividad, pero si de hecho se aplica el otro sistema para los supuestos de expropiación, ¿por qué ha de excluirse en los supuestos de daños? Veamos un ejemplo concreto: si la Administración expropia una casa, es el Jurado de expropiación el que ha de valorarla; pero si la casa ha sido destruida por la explosión de un polvorín, no interviene el Jurado de expropiación, sino los Tribunales. Añádese a esto que los daños consecuencia de una expropiación son valorados por el propio Jurado de expropiación. ¿Cuál de estas dos fórmulas es más perfecta? ¿Por qué se ha detenido la fuerza expansiva de la expropiación ante estos supuestos? ¿Conducirá algún día la dinámica interna de la institución a estos resultados? No puede insistirse aquí más en este punto; pero quede en pie la objeción.

#### 4. De los actos ilícitos no culpables a los culpables.

Fácil es comprender que, una vez iniciado este proceso expansionista, no podría escapar la jurisprudencia a la tentación de ir encajando en la expropiación otros supuestos indemnizatorios. Esto es lo que sucedió pronto con los actos ilícitos culpables de la Administración.

Tradicionalmente venían constituyendo éstos un círculo jurídico cerrado, caracterizado por la relevancia del factor personal de funcionarios, las relaciones con la jurisdicción penal y una regulación legal propia: el artículo 839 BGB. No va a analizarse aquí el sistema. En este momento interesa sólo señalar cómo el BH, en sentencia de 12 de abril de 1954 (que tiene algunos otros antecedentes más tímidos, por ejemplo, la de 16 de octubre de 1952), ha asimilado también a la expropiación las intervenciones estatales antijurídicas culpables, concediendo al perjudicado, junto al derecho tradicional del artículo 839 BGB, en conexión con el 34 GG, una pretensión de indemnización de acuerdo con el derecho de expropiación (*cuasi expropiación*).

El Tribunal apoya su decisión en que no existe relación ni de especialidad ni de subsidiaridad entre la pretensión de indemnización resultante de la infracción del deber del cargo (*Schadenersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung*) y las pretensiones de indemnización que se derivan de la expropiación en sentido técnico (*Entschädigungsanspruch*). Por un lado, pertenecen a círculos jurídicos completamente diferentes de las normas jurídicas en que se apoyan las respectivas acciones, mientras que, por otro lado, el caso concreto cumple las notas características de ambos supuestos de hecho, tal como constan en las normas, con la consecuencia de que inciden en un solo e idéntico supuesto de hecho dos clases de normas (y sus correspondientes consecuencias jurídicas). Como ambas tienen el mismo rango y no son ni subsidiarias ni especiales recíprocamente, pueden operar conjuntamente

La cosa tiene importancia desde el momento en que la indemnización por daños culpables y la indemnización por daños no culpables tienen un alcance algo diferente. Según aclara literalmente la sentencia: la acción indemnizatoria por daños culpables, «puesto que persigue una reparación absoluta del daño y no una simple indemnización, concede a los perjudicados, de una parte, algo más que la simple acción indemnizatoria por daños no culpables; pero, por otra parte, empeora la situación jurídica del perjudicado desde el momento en que habilita mayores posibilidades de defensa contra la actividad pública como consecuencia

del carácter accidental de la responsabilidad del funcionario en casos de infracción del deber al cargo por simple negligencia o también como consecuencia de la caducidad de la acción por no interposición del recurso...»

No obstante, la sutileza de estos argumentos y su firmeza lógica, no ha encontrado este criterio una aprobación general de la doctrina, objetándose que la nueva dirección jurisprudencial carece en el fondo de la justificación práctica que había producido la extensión de la expropiación a los actos ilícitos no culpables, puesto que el supuesto presente contaba ya con la precisa regulación legal del artículo 839 BGB. Por otro lado, como señala FORSTHOFF, significa una grave modificación del alcance de un texto legal vigente, rasgo de audacia característico del momento judicialista por que atraviesa el Derecho alemán (70).

En este punto conviene citar la interesante sentencia de nuestro Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 1960, que merece ser someramente analizada, dada la escasísima jurisprudencia que existe en nuestro país sobre el particular. El asunto se refiere a la reclamación de indemnización por daños y perjuicios sufridos en un automóvil a causa del mal estado de la carretera. Se trata, pues, de un caso tipificado ya perfectamente por la doctrina y jurisprudencia extranjeras: lo que en Francia se denominaría *faute de service*, y más concretamente, la subvariedad del servicio que ha funcionado mal por culpa *in committendo* (71). Por lo que respecta a España, debe reconocerse que el asunto es original, y aunque la sentencia desestima la demanda, no por ello cierra la puerta a nuevas reclamaciones de este tipo. Del examen de la sentencia se deduce:

a) Una consecuencia importantísima: no niega la posibilidad de que hubiera prosperado la demanda si hubiera habido efectivamente un funcionamiento anormal del servicio.

b) Lo que en el caso concreto se niega, y por ello se rechaza el recurso, es el funcionamiento anormal del servicio, lo que impide la relación de causa a efecto entre los daños producidos y el funcionamiento anormal del servicio. El Tribunal Supremo niega que la carretera se

(70) *Lehrbuch...*, cit., pág. 313.

(71) En Italia, la jurisprudencia ha ido ampliando de una manera generosa el antiguo principio de la irresponsabilidad. El primer portillo se abrió para los casos de violación de normas taxativas, que luego se fué ampliando a los casos de inobservancia de normas técnicas, para terminar hablando de delitos y cuasi delitos en el mantenimiento y conservación del suelo público. Cfr. ZANOBINI, *Corso...*, cit., v. 1, pág. 346, con abundante bibliografía y referencias jurisprudenciales.

encontrara en mal estado. Cuando así lo declara nuestro más Alto Tribunal, ninguna razón hay para dudar de ello en el caso concreto; pero el más mínimo conocimiento de nuestra red de comunicaciones permite imaginar que si los Tribunales aplicaran con cierta generosidad el criterio de los daños por *faute de service* serían innumerables (y muy justificadas) las reclamaciones que podrían elevarse por tal motivo. Lo cual tendría sus ventajas y sus inconvenientes. Inconvenientes para el presupuesto y para el programa de inversiones del Ministerio de Obras Públicas; ventajas para la seguridad de la circulación y en cuanto significaría un eficaz control de la acción administrativa.

c) Por último, aprecia el Tribunal un posible «caso de fuerza mayor liberatorio», debido a unas lluvias caídas por aquellos días.

##### 5. De los negocios jurídicos y los actos ilícitos a la responsabilidad por riesgo.

La admisión de la responsabilidad por riesgo es obra de la jurisprudencia francesa, que sin precisar de un texto legal en su abono, añadió a la tradicional responsabilidad *pour faute* una nueva responsabilidad *par risque* que obliga al Estado a indemnizar los daños causados por su actividad (entendida en sentido amplio) no culpable, con tal que haya un nexo de causalidad entre ella y el daño. El nexo de causalidad esencial para excluir los supuestos de culpabilidad de la víctima y de la fuerza mayor.

Esta audaz innovación jurisprudencial, aunque perfectamente madura en la realidad, tiene, sin embargo, un cierto carácter excepcional que contrasta con la generalidad de la doctrina de la responsabilidad *pour faute*. Restricción explicable no sólo por deficiencias técnicas de un sistema, susceptible aún de evolución, sino por el justificado temor del legislador ante las perturbadoras repercusiones que en el presupuesto pueden tener las imprevisibles consecuencias de una aplicación general de esta responsabilidad.

De esta manera analiza LAUBADÈRE los supuestos del ordenamiento francés, tal como han ido presentándose cronológicamente (72):

##### A) Daños anormales debidos a las obras públicas.

Ya en el siglo pasado era perfectamente admitido este principio. Lo cual es lógico, debido precisamente a que, como se ha señalado antes, el volumen de las Obras Públicas realizadas por el Estado en el siglo

(72) *Traité de Droit administratif*, 2.<sup>a</sup> ed., 1957, págs. 477 y sigs.

pasado tuvieron una consideración nada despreciable, y han dado origen a diversas instituciones administrativas. Por otro lado, la admisión de esta responsabilidad para casos concretos no logró desembarazarse del supuesto que les dió origen, para formar una teoría general, y el principio de la responsabilidad *pour risque* quedó por mucho tiempo vinculado a las obras públicas. En cuanto al fundamento del mismo, se afirmaba sobre la doble idea de la riqueza colectiva y de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

B) Accidentes sobrevenidos a los colaboradores de los servicios públicos.

Este principio, que parece obvio en la actualidad por estar regulado ya legislativamente, fué en su día una atrevida solución jurisprudencial. Aún hoy tiene aplicación para los supuestos no cubiertos por la legislación especial, es decir, para los que colaboran de alguna manera con la Administración sin estar amparados por la legislación llamada social correspondiente.

C) Riesgo excepcional.

En su constante y progresivo ampliar del principio a nuevos supuestos, éste determina que la Administración es responsable *sans faute* cuando el daño surge de un riesgo de naturaleza excepcional que ella misma había contribuido a crear. Aquí se encuentra el riesgo anormal de vecindad y la teoría de las cosas peligrosas (especialmente los accidentes de automóviles y el empleo de armas de fuego).

D) Contrapartida de ciertas prerrogativas exorbitantes de la Administración.

Esta idea ya había sido manejada de antiguo para explicar la aplicación del principio en los daños causados por las obras públicas. En la actualidad se maneja para justificar supuestos que no son fácilmente encajables en esta enumeración casuística de teorías; por ejemplo, incendio provocado por la Administración para destruir un inmueble contaminado y que ocasiona daños en las propiedades vecinas.

E) Responsabilidad *du fait* de las leyes.

F) Responsabilidad *sans faute* declarada en algún texto legal.

VEDEL, por su parte, agrupa los diversos supuestos que la jurisprudencia ha tenido ocasión de conocer de la siguiente manera:

a) Responsabilidad *du fait* de las leyes y reglamentos ilegales.

b) Responsabilidad en materia de obras públicas.

c) Hipótesis que se refieren más bien a la idea del riesgo o del provecho.

d) Hipótesis que se refieren directamente a la idea de la igualdad ante las cargas públicas (73).

A partir de la segunda guerra mundial ha intentado imponerse sin demasiado éxito la teoría de la anormalidad, que tan familiarmente suena en los oídos españoles. En 1945, LATOURNÈRIE (74) propuso como principio de toda responsabilidad del Estado lo que él llamaba teoría de la anormalidad. El contenido de la noción de normal se expresaría en la idea de que un acto, para ser normal, debe, de una parte, conformarse en todos sus elementos a un cierto canon, y de otra parte, no rebasar con sus consecuencias un cierto límite. Poco después, BLAEVOËT desarrolló esta teoría con peculiaridades propias. Según él (75), lo anormal se manifiesta en una falta que puede ser o subjetiva u objetiva y que es suficiente para fundamentar la responsabilidad derivada de las obras públicas de la Administración, sin necesidad de acudir a la idea de riesgo. La falta subjetiva así constituida por todo funcionamiento defectuoso de un servicio público, es decir, cualquier falta a la obligación de continuidad, regularidad, imparcialidad y vigilancia de un servicio público es anormal por principio, porque es contraria a la «ley de servicio». La falta objetiva surge cuando la obra, aun estando bien concebida y no siendo criticable su funcionamiento, conduce, no obstante, a un resultado anormal y los daños que produce rebasan los ordinarios de similares ocasiones.

La doctrina alemana dista mucho de ofrecer en este punto el desarrollo de la francesa. Allí ha tardado bastante en darse autonomía jurídica a esta figura. Frente a una incipiente doctrina (76) que pretendía incluir estos supuestos en los de las intervenciones ilícitas no culpables, la jurisprudencia fué haciendo uso de la cobertura general de la teoría del sacrificio en espera de una elaboración más concreta de la teoría especial del riesgo. La distinción entre riesgo e intervenciones ilícitas no culpables es, sin embargo, bastante clara. Estas suponen una intervención directa; mientras que el riesgo es consecuencia no de una

(73) *Droit administratif*, I, págs. 218 y sigs.

(74) *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, «Revue du Droit public», 1945, 5.

(75) *L'anormal devant les hautes juridictions civiles et administratives*, «Juris-Classeur Administratif périodique», 1946, I, 560.

(76) FURLER, *Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates*, en «Verwaltungs Archiv», t. 33, págs. 340 y sigs.

intervención directa, sino de la creación de una situación de peligro que la Administración no puede evitar, so pena de reducir su actividad hasta el mínimo, pero cuyas consecuencias dañosas no son queridas por el Estado. Además, en los casos de riesgo se trata de una actividad de la Administración absolutamente legal.

En la actualidad se ha llegado a elaborar una teoría jurídica de la responsabilidad por riesgo a través de tres caminos distintos: la teoría laboral de los accidentes de trabajo; una doctrina de procedencia civilística, que fundamenta la responsabilidad por riesgo en la aceptación por el Estado de la responsabilidad social por los riesgos que se derivan de sus actividades peligrosas (77); y la influencia y ejemplo de la doctrina francesa.

Tal teoría—por lo demás, todavía incipiente—responde más a una exigencia lógico-conceptual que a una auténtica necesidad, ya que, de una parte, los supuestos más ordinarios están regulados casuísticamente en diversas leyes especiales (78), y, por otra, la cobertura general de la *Aufopferungstheorie*, hasta ahora aplicada en los casos no regulados, viene a obtener resultados similares. Pero sea como fuere, la realidad es que la jurisprudencia ha resuelto ya positivamente una serie de casos que pueden constituir el núcleo de la futura teoría autónoma:

1. Un policía, al disparar sobre un criminal en fuga, hiere a un transeúnte (79).

2. Un civil, al que un policía ha encomendado durante unos momentos la custodia de un criminal detenido, es acuchillado por éste.

3. Un trabajador, a quien su empresa, obligada por la Administración, destina a trabajar en un campo de concentración, fallece a consecuencia de la epidemia allí reinante.

4. Daños sufridos en el ejercicio de su función por un bombero voluntario.

5. Daños sufridos a causa de un cable de alta tensión desenchado por azar.

Si sorprende, en principio, lo exiguo de esta relación con la variada jurisprudencia francesa, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia alemana ha iniciado este camino en fecha muy reciente y, sobre ello, que buena parte de los supuestos contemplados por el *Conseil d'Etat*

(77) LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1 (1953), pág. 124.

(78) Así las Leyes de daños de guerra de 30 de noviembre de 1940; sobre tumultos, de 23 de marzo de 1924 etc.

(79) Sentencia del BGH de 14 de julio de 1953.

se encajan en Alemania dentro de la categoría de las intromisiones anti-jurídicas no culpables.

Sobre esto, G. WILKE ha desarrollado recientemente (80):

a) Una teoría sistemática de la responsabilidad por riesgo de instalaciones atómicas; y

b) Una teoría de los llamados daños por *immission* (incendios provocados por chispas de ferrocarril, explosión de polvorines, por ejemplo).

El autor insiste en la integración de estos casos en la teoría del riesgo. Ahora bien, en el Derecho alemán presentan tales supuestos particularidades muy precisas:

- Por de pronto, los casos más frecuentes, es decir, los daños producidos por el ferrocarril, están regulados en la Ley especial de 29 de abril de 1940.
- La doctrina y la jurisprudencia (en contra de O. MAYER, que les encajaba dentro del llamado derecho público de vecindad) prefiere considerarles como de derecho civil.
- Cuando no media alguna norma legal especial, opera, conforme a la mecánica tantas veces repetida, la cobertura general de la

*Aufopferungstheorie.*

A este respecto existe una sentencia muy conocida del BGH de 28 de febrero de 1955: A causa de una campaña insecticida realizada por un Ayuntamiento perecen las abejas de un apicultor. El Tribunal entiende que las medidas tomadas no lo fueron sólo en protección de los árboles y plantas individuales (lo que no hubiera dado lugar a indemnización), sino en interés general: el saneamiento del término municipal, lo que produjo una víctima especial, el apicultor. Esto acarrea el deber de indemnización. De aquí que el obligado al pago de la misma sea el Ayuntamiento y no los labradores directamente beneficiados con la extirpación de los insectos.

Por lo que respecta a la fundamentación jurídica de la responsabilidad por riesgo, los reiterados esfuerzos de la doctrina alemana no son, a mi juicio, demasiado convincentes. En todo caso, el problema de competencia se plantea allí en unos términos tan distintos a los del Derecho español, que hacen estos estudios completamente inaprovechables a nuestros efectos. Pero sí hay un dato que interesa retener: la posibilidad de que el riesgo sea creado no sólo en el ejercicio de la actividad soberana, sino de la privada, y la distinta importancia que tiene en uno y otro caso.

(80) *Die Haftung des Staates*, 1960, págs. 64-76.

«La idea del riesgo cobra una especial significación práctica en primera línea en el campo de la Administración soberana, es decir, allí en donde el Estado en cuanto titular de especiales facultades de poder está en situación de intervenir unilateralmente en el círculo vital de los individuos. Aquí la condición de subordinación ante una potestad soberana actúa como un momento agudizado de riesgo. Cuanto menor es la posibilidad de rechazar la intervención, más urgente es la necesidad del resarcimiento económico. Esta es una de las causas de que se haya relacionado siempre tan íntimamente la responsabilidad del Estado con el ejercicio de actividades soberanas. Por otro lado, cuando el Estado aparece, no va con medios de coacción unilateral, sino como parte en las relaciones jurídicas, ya no existe esta clase de riesgo...; pero también en este sector de la actividad soberana del Estado puede surgir otra clase de riesgo, la de los llamados establecimientos peligrosos» (82).

En el Derecho suizo—que tantas diferencias ofrece en este punto respecto a los demás Derechos europeos, y no con ventaja precisamente—se ha extendido el concepto de la expropiación a algunos supuestos clásicos de responsabilidad en el Derecho francés: por ejemplo, en la explosión de un polvorín (sentencia del BGH de 24 de febrero de 1957).

Sobre la aplicación de esta figura en el Derecho administrativo español de la expropiación, me remito a GARCÍA DE ENTERRÍA en su citada obra sobre la expropiación forzosa, págs. 212-217. La ya aludida sentencia de 21 de enero de 1961 ha declarado la responsabilidad del Estado por la explosión de un polvorín, aunque acudiendo desde su erróneo planteamiento legislativo del problema, al fundamento de la culpa y no al del riesgo.

#### 6. Excepciones: Daños corporales y el Estado legislador.

Ante la fabulosa expansión del instituto de la expropiación, apenas si hay dos reductos que aún no han sido afectados por la misma: los daños corporales y los producidos por la función legislativa del Estado.

No obstante la posibilidad de que estos supuestos también puedan ser

---

(81) Esta es también la opinión de SCHACK en *Gutachten für 41 Deutschen Juristentag*, 1955, págs. 26 y sigs.; en *Der für Aufopferungsanspruch neben der Enteignungsschädigung verbleibende Raum*, JZ, 1956, pág. 425, y finalmente, en *Der Aufopferungsanspruch*, BB, 1956, págs. 409 y sigs.

(82) REINHARDT, *Empfiehl es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln?*, en «Gutachten des 41 Deutschen Juristentag». Berlin, 1955, págs. 287 y sigs.

indemnizados, es importante la distinción, porque las consecuencias de ambos tratamientos son diferentes, que SCHACK sistematiza de la siguiente manera :

a) La expropiación está regulada legalmente (art. 14 GG); la teoría del sacrificio es una pura construcción jurisprudencial y doctrinal.

b) Cuando la intervención administrativa está autorizada por una Ley, no es posible la aplicación de la *Aufopferungstheorie*.

c) Precisamente por la indeterminación de los supuestos de aplicación de la teoría del sacrificio, la jurisprudencia entiende que su aplicación debe ser mucho más restrictiva, en el sentido de que sólo se refiere a derechos subjetivos perfectos, al objeto de evitar una posible invocación desmesurada de la misma.

d) En cuanto al montante de la indemnización, la expropiación supone una indemnización absoluta, mientras que la teoría del sacrificio un simple resarcimiento compensatorio.

e) Por lo que afecta al obligado, en la expropiación debe satisfacer la indemnización el beneficiario, y en el otro caso, el causante de los daños.

f) Los plazos de caducidad de la acción se rigen por distintas normas: la expropiación, por el artículo 852 BGB, y la derivada de la teoría del sacrificio, por el 195 BGB

g) Por último y fundamentalmente, aunque esto pueda ser discutido, en el plano teórico la expropiación supone una garantía de protección de los derechos fundamentales, mientras que los *Aufopferungsansprüche* que basan en la existencia de un sacrificio especial (83).

A) En cuanto a la primera de las excepciones aludidas, *los daños corporales*, la exclusión se debe, a mi modo de ver, a un atavismo del moderno concepto de la expropiación, que recuerda su origen (y en el fondo, su esencia) negocial, lo que la hace incompatible con cualquier tipo de intervención en los bienes corporales. Lo cual no significa, naturalmente, en el Derecho alemán, que estos bienes queden sin protección, ya que, como se recordará, existe siempre la cobertura de la vieja teoría del sacrificio. Por otro lado, hay que subrayar la generosidad con que la jurisprudencia está concediendo modernamente indemnización en supuestos en que tradicionalmente era denegada (84).

(83) SCHACK, en obra colectiva citada en la nota anterior, págs. 35 y sigs.

(84) Un detenido estudio de esta cuestión puede verse en WILKE, ob. cit., págs. 82-97.

Resumiendo, en el Derecho alemán la jurisprudencia ha decidido ya los siguientes supuestos:

1) Daños producidos por vacunaciones obligatorias.

Los Tribunales venían negando tradicionalmente (85) la posibilidad de una indemnización por daños causados con ocasión de vacunaciones obligatorias, al amparo de la KO de 4 de diciembre de 1831. El razonamiento era el siguiente: tratándose de medidas generales impuestas por una Ley (caso de las vacunaciones obligatorias), sólo procede la indemnización cuando esta misma Ley lo señala, lo que no sucede en tales casos. La sentencia del BGH de 19 de febrero de 1953 (hay precedentes anteriores en los Tribunales de los *Länder*) ha roto con esta tradición, y refutando expresamente la aplicación de la KO de 1831 y revocando la doctrina jurisprudencial citada, ha declarado la procedencia de la indemnización, ya que con estos daños se producen unas consecuencias extraordinarias que no son las normales molestias que una vacuna acarrea y que son las únicas que la Ley prevé como no indemnizables. De esta manera se ha terminado la paradoja existente desde la Ley de 26 de mayo de 1909, que concedía indemnización por los daños causados por vacunaciones obligatorias de los animales (86).

2) Daños producidos por esterilizaciones injustificadas.

Como es sabido, la Ley de 14 de julio de 1933 dispuso la esterilización obligatoria en los casos de enfermedades hereditarias. Esta Ley fué derogada expresamente después de la guerra, por considerársela contraria a los derechos naturales y a los derechos humanos. En este sentido, todas las esterilizaciones realizadas a su amparo pudieran ser tenidas por ilícitas. Ahora bien, no son estos los supuestos de que se ha ocupado la jurisprudencia, y es muy dudoso que hubieran podido prosperar jurídicamente tales pretensiones. Pero los Tribunales han tenido ocasión de resolver algunos supuestos en que la esterilización fué ilícita, incluso conforme a las normas entonces vigentes, cuando se ha podido demostrar que fueron apreciados erróneamente los motivos que justificaban la necesidad de la esterilización. La sentencia del BGH de 30 de noviembre de 1953 ha declarado terminantemente la procedencia de la indemnización en tales casos, abriendo el camino a posteriores reclamaciones administrativas y jurisprudenciales ante los Tribunales inferiores.

(85) Cfr., por ejemplo, la sentencia de 16 de noviembre de 1937 del BGH.

(86) En España se da una situación similar, ya que el artículo 19 de la Ley de Epizootias de 20 de diciembre de 1952 dispone que «podrán otorgarse indemnizaciones... a los propietarios de los animales que mueran a consecuencia de tratamientos sanitarios obligatorios decretados por la Dirección General de Ganadería por iniciativa propia o a propuesta de la Sanidad nacional, en caso de zoonosis transmisibles al hombre».

3) Daños causados por el tratamiento obligatorio de enfermedades sexuales con medicamentos peligrosos.

La indemnización ha sido declarada en sentencia del BGH de 26 de septiembre de 1957.

4) Daños causados por vacunaciones y tratamientos expresa e insistentemente recomendados por la Administración, aunque no declarados obligatorios.

La sentencia del BGH de 18 de marzo de 1957 (y posteriormente la de 26 de septiembre de 1957) les han asimilado a los causados por tratamientos obligatorios, dada la similitud de causas, al colocarse a los parientes o familiares en «un grave problema de conciencia» de no emplearse tales medios.

En todos estos casos se ha manejado la *Aufpferungstheorie* por razones obvias: aquí, como precisamente exigen los arts. 74 y 75 EinlALR, más que de la salud o interés particular de cada individuo, se trata del interés general de la salud pública, para cuya conservación se hace correr a los ciudadanos el riesgo (si bien mínimo) de los daños que pueda producir una vacunación obligatoria.

En este punto el Derecho suizo ofrece una situación muy particular respecto a los demás Derechos europeos, ya que no sólo no admite la extensión de la expropiación a los casos de daños corporales (lo que sería fácilmente justificable), sino que niega rotundamente la posibilidad de una indemnización de los mismos cuando son producidos por actividades soberanas de la Administración. Pese a la insistente oposición de la doctrina, los Tribunales han mantenido la postura negativa, aferrándose al principio de la legalidad allí existente, conforme al cual no puede concederse indemnización sino en los casos en que expresamente está admitida por una Ley. Lo que desgraciadamente para estos supuestos no sucede (87).

¿Cuál es la situación actual del Derecho español? Por de pronto, la Ley de Expropiación forzosa se muestra en este punto inflexible: su artículo 1.º limita su objeto a «la propiedad privada o derechos o intereses patrimoniales legítimos...», enumeración excluyente que se ratifica con la serie de modalidades ofrecidas: venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de ejercicio, supuestos todos incompatibles con los bienes corporales. Por su parte, el artículo 121, al remitir los daños «a los bienes y derechos a que esta Ley se refiere», tampoco abre el menor resquicio a alguna otra probabilidad.

---

(87) Cfr. WILKE, ob. cit., págs. 149 y sigs.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA ha hecho, sin embargo, un esfuerzo por extender la aplicación de la Ley a estos supuestos, al objeto de ofrecer una mayor garantía a los particulares. La importancia de la cuestión nos obliga a reproducir sus argumentos en casi su totalidad: «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 como morales. Esta extremosa interpretación parece contar con el apoyo expreso de la Exposición de Motivos de la Ley». «Esto no obstante, es claro que tal interpretación restrictiva debe ser desechada. En primer lugar, porque conduce al absurdo... En segundo lugar, porque tampoco cuenta a su favor, contra todas las apariencias, con la letra de la Ley, antes por el contrario; pues, en efecto, cuáles son los «bienes y derechos a que ésta se les 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» (88).

Conviene advertir, sin embargo, que con posterioridad a la obra de este autor se han producido tres hechos de gran trascendencia, que afectan a la lógica de sus razones. El primero es la ya citada sentencia de 21 de enero de 1961, cuya doctrina, si bien es incongruente e inaplicable en cualquier supuesto de expropiación técnica, contiene una enorme dosis de generosidad (al admitir ampliamente la negligencia) para los supuestos de no expropiación. La finalidad de la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA es muy clara: no dejar desamparados (o menos protegidos) los derechos corporales al permitir su exclusión del objeto de la nueva Ley. Si se admite la reiteración jurisprudencial de la doctrina de la sentencia citada, esta necesidad no sería tan perentoria.

Por otro lado, el segundo fenómeno aludido es la aparición del Reglamento de 26 de abril de 1957, cuyo artículo 133 parece corroborar la tesis de éste al afirmar que «dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos, siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente». Es indudable que en esta amplia redacción quedan comprendidos los daños corporales.

---

(88) Ob. cit., págs. 179-181.

Por otro lado, y fundamentalmente, la aparición del artículo 40 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, en cuyo párrafo primero se afirma con un generoso criterio que

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

Esta amplitud de criterio ha sido puesta de relieve en la propia Exposición de Motivos: «En el último título de la presente Ley se regula con carácter general la responsabilidad del Estado y de sus Autoridades y funcionarios. Respecto a la del primero, no obstante el gran avance que supone la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, parece oportuno consignarla en términos más generales, a fin de cubrir todos los riesgos que para los particulares puede entrañar la actividad del Estado, salvo cuando exista justa causa que obligue a soportar el daño sin indemnización, como ocurre en los casos de denegación legítima de licencias y autorizaciones previas que condicionan la actividad de los administrados».

Esta tesis puede reforzarse todavía con dos argumentaciones *ad absurdum*: una, manejada por GARCÍA DE ENTERRÍA, con el ejemplo del atropello de un jinete y su caballo por un vehículo administrativo. Si se reconoce que procede la indemnización por el caballo, ¿cómo no va a reconocerse la correspondiente a los daños causados en la persona del jinete?... Otra, que se deduce de la Ley de Epizootias, que reconoce la indemnización por los daños causados a los animales con ocasión de las vacunaciones declaradas obligatorias.

#### B) La responsabilidad del Estado legislador.

La sola enunciación de este problema hubiera causado verdadero asombro en el siglo pasado. En un sistema de soberanía parlamentaria y de ley formal como expresión de la voluntad popular, es claro que no puede admitirse ni remotamente la responsabilidad del Estado con ocasión del ejercicio de su función legislativa.

Este era el criterio del *Conseil d'Etat*, que fué bruscamente abandonado en el «arrêt» La Fleurette (C. E., 14-1-1938). La explicación de este cambio debe buscarse más que en las razones concretas del caso, en la

variación de los fundamentos filosóficos y constitucionales del Estado y del Poder legislativo y la multiplicidad de las tareas parlamentarias (en la motorización del legislador, según la afortunada frase de Carl SCHMITT) que le hace perder su augusto nimbo para ocuparse minuciosamente en detalles técnicos.

Como consecuencia de esto y de la aceptación del principio general de derecho de la igualdad ante las cargas públicas, ha dejado de tener vigencia en Francia el principio de la irresponsabilidad del Estado, aunque, como es claro, su responsabilidad está sujeta a condiciones muy especiales:

- 1) Es preciso que la misma Ley expresa o tácitamente no haya excluído la posibilidad de la indemnización.
- 2) Ha de tratarse de un perjuicio general y suficiente.
- 3) Hay que tener en cuenta los intereses en nombre de los que se interviene y la naturaleza de las actividades que se lesiona (89).

VEDEL ha dado recientemente un giro muy particular a la cuestión (90). Para él no se trata aquí del principio de igualdad ante las cargas públicas, ni tampoco el de determinar un régimen objetivo de reparaciones, que habría de imponerse, y en su caso contra su voluntad, al autor de la actividad dañosa, sino de determinar si este autor, soberano para regular el problema de la indemnización, ha *acepado o no una indemnización eventual*. «En definitiva, no se trata, pues, de aplicar los principios de la responsabilidad pública, sino de un régimen de reparaciones fundado sobre la propia voluntad del legislador».

Por lo que respecta a la doctrina española, nos vemos obligados a recurrir una vez más a la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA. Para este autor, los perjuicios derivados de las leyes son cargas legales y no daños. Ahora bien, el principio debe ser corregido con dos observaciones: por un lado, puede aplicarse a los supuestos de infracción de normas de rango superior, y por otro, «cabe 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 esté implícito el propósito decidido de no indemnizar, y mucho más cuando este

---

(89) Cfr. LAUBADÈRE, ob. cit., págs. 490 y sigs.

(90) Ob. cit., pág. 252.

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 procedencia 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» (91). Naturalmente, la cuestión toma un sesgo muy distinto en el caso de control constitucional de las leyes. Problema que por tener extensión y substantividad propias no puede ser desarrollado ahora.

#### VIII. VUELTA AL CONCEPTO CLÁSICO DE LA EXPROPIACIÓN.—CONCLUSIONES.

El ambicioso imperialismo de la moderna idea de la expropiación no ha dejado de producir cierta alarma en un sector de la doctrina (92) que propugna la limitación de la expropiación a los casos de la total ablación de derechos, reservando la *Aufopferungsanspruch* para las simples mutilaciones de la propiedad, es decir, se pretende un retorno al concepto clásico de la expropiación. Esta expresión procede de DÜRIG (93) y supone, de un lado, una vuelta radical a la teoría del acto individual, y de otro, una libertad al legislador ordinario para regular los supuestos de limitación. La tesis de DÜRIG olvida, no obstante, la imposibilidad de distinguir entre expropiación por actos individuales y mutilación por actos generales, tal como se vió más arriba. Además, la Constitución, que ha perdido la fe en el legislador ordinario, le ha impuesto límites muy precisos (especialmente en los artículos 3, 14 y 19 GG) en los casos de ordenación de la materia de expropiación y limitación (94).

Esta tendencia, formulada técnicamente de un modo u otro, sigue encontrando eco en todo momento en algunos autores (95). En el fondo es innegable que con la excesiva amplitud actual de la expropiación se ha difuminado por completo su concepto, sin olvidar tampoco que de esta

(91) Ob. cit., pág. 192.

(92) Cfr., por todos, HAAS, *System des öffentlichen Entschädigungspflichten*, 1955, páginas 74 y sigs.

(93) *Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff*, JZ, 1954, págs. 4 y sigs.

(94) Una crítica general de la actitud de DÜRIG puede verse en SCHEUNER, *Verfassungsschutz...*, cit., págs. 91-92.

(95) Cfr. SCHACK, *Der für Aufopferungsanspruch neben der Enteignungsentschädigung verbleibende Raum*, en JZ, 1956, págs. 425 y sigs.

manera se borra la nota ciertamente importante de la licitud o ilicitud de la intervención.

A mi modo de ver, la extensión dada al instituto de la expropiación ha sido en Alemania un remedio de urgencia para solucionar problemas que en la sistemática tradicional no podían resolverse técnicamente. En este sentido debe apoyarse la dirección expuesta. Ahora bien, tampoco puede admitirse que esta solución sea definitiva y es necesario corregirla de alguna manera para sin necesidad de retroceder a la dogmática pasada, que en su día se ha mostrado insuficiente, perfilar un amplio instituto jurídico en el que puedan integrarse todas las figuras de la responsabilidad de la Administración y en la que al tiempo sea posible diferenciar los graves matices que separan unos supuestos de otros. Ya se apuntan algunos intentos en esta dirección.

Para terminar se enumeran a continuación las siguientes fases ideales por las que, prescindiendo de algunas contradicciones reales existentes, ha pasado la dogmática del deber de indemnización de la Administración:

1.ª Unitaria: Epoca en que la indemnización surge como reflejo de una intervención administrativa en los derechos adquiridos.

2.ª Unitaria: Cuando la intervención se realiza por medio de un acto individual que produce un sacrificio desigual.

3.ª Compleja: Introducido el elemento de la ilicitud o culpabilidad, el deber de indemnización se canaliza a través de dos vías principales:

a) Por actos lícitos (entre ellos, como principal, la expropiación) que integran la llamada teoría de la indemnización de derecho público.

b) Por actos ilícitos, que integran la teoría de la responsabilidad.

4.ª Ahora se asiste a un irresistible proceso reunificador, que es consecuencia de la eliminación del concepto de falta o de ilicitud, y que se realiza:

a) O bien mediante una expansión del instituto de la expropiación, que absorbe todas o casi todas las demás figuras causantes del deber de indemnizar (derecho jurisprudencial alemán y sus reflejos).

b) O bien mediante la formación de una base dogmática genérica: la lesión (legislación española en la interpretación de GARCÍA DE ENTERRÍA), matizándose luego, según se trate de actos o de negocios jurídicos dirigidos directamente al despojo.