

Informe de Investigación

Título: El Fundamento Jurídico de la Expropiación

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Expropiación.
Palabras clave: Expropiación, Fundamento, Alcances, Teorías más importantes, Justificación, Aspectos Privados, Interés Público.	
Fuentes: Doctrina.	Fecha de elaboración: 03 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Doctrina	2
a) CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA POR CAUSA DE INTERÉS SOCIAL.....	2
A) Concepto.....	2
B) Fundamento.....	9
b) ALCANCES DEL PODER DEL ESTADO EN LA EXPROPIACIÓN.....	14
c) EL FUNDAMENTO DE LA EXPROPIACIÓN.....	15
1. Teorías más Importantes.....	15
2. Otras Teorías.....	16
3. El Fundamento de la Expropiación en nuestro Derecho.....	17
d) FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA EXPROPIACIÓN.....	20
1. Criterio justificativo de la expropiación.....	20
2. Aspecto privado.....	20
3. El interés público en la expropiación.....	21

1 Resumen

El presente informe trata sobre el fundamento de la expropiación, mediante doctrina, se explican los siguientes puntos: su concepto, fundamento, los alcances de poder del Estado en la expropiación, las teorías mas importantes, la justificación de la expropiación, su aspecto privado y el interés público.

2 Doctrina

a) CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA POR CAUSA DE INTERÉS SOCIAL

[Ruiz]¹

A) Concepto

Nadie podrá ser privado de su propiedad. He aquí un principio que, empuñado como bandera de fe a través de los siglos, ha resistido el embate de los tiempos, llegando con singular fuerza hasta nuestros días. La propiedad es de uno y para uno. No vamos a utilizar ahora como bagaje de nuestra ruta, ni vamos a tratar como vehículo de nuestro estudio, las distintas teorías sobre el nacimiento de la propiedad, sino que, bastándonos la certeza de su existencia, vamos a pretender dibujar, aunque sea con perfiles muy simples, el concepto de expropiación, y, después, más concretamente, el de expropiación por causa de interés social.

El concepto, elevado a precepto por diversas teorías, de la inatacabilidad de la propiedad, lo mantuvieron los juristas en el Derecho romano. No encontramos a través de sus instituciones ningún concepto que nos asome a la idea de expropiación. Roma concibió la propiedad de manera absoluta, tan absolutista que admitían la propiedad plena sin restricciones, o no la admitían. Esto no quiere decir que al lado de este Derecho no existieran otros que limitaran el de la propiedad. No. Lo que querían significar es que nadie podía ser privado de su propiedad en ningún concepto, sin su voluntad; lo que no cabe duda es que el propietario podía dar su cosa en usufructo, en prenda, etc. Los romanos consideraban a la propiedad como derecho absoluto del titular, sin ningún deber frente a la comunidad. Recordemos que una cosa vendida por un no propietario podía ser reivindicada por su legítimo titular en cualquier momento y a cualquier persona; entre la defensa del tranco jurídico y la defensa de la propiedad, se decidió por esta última. Lo contrario acontece en el Derecho germano: se vigila y protege con minuciosidad la seguridad del tráfico y sólo se concede al propietario la posibilidad de una acción contra el vendedor de la cosa, pero no contra el comprador de buena fe.

Los autores que forman el escuadrón de la teoría individualista opinan que-nadie, y por ningún concepto, podrá ser privado de su propiedad. Siguiendo la tesis romana, el derecho de propiedad es absoluto, inatacable [1].

Sin embargo, otros, fijándose más en la teoría y viviendo más la práctica, queriendo conciliar una con la otra, afirmaron que con la expropiación lo que se producía era una modificación de la propiedad,- pero sólo una modificación. No habrá pérdida de la propiedad,-sino, a lo sumo, transformación de la propiedad. El bien, en cuanto tal, era modificado y cambiado por su valor. En realidad, viene a decir, lo que al propietario le importa es el valor del bien, no el bien en si. Si un agricultor cultiva las tierras, lo hace por que le reporta un valor; si un propietario da en arriendo una finca, es por que le saca unos frutos, etc. Y si, en definitiva, lo que se quiere es el .valor o la renta que se obtiene, el propietario no debe tener inconveniente en admitir la expropiación, puesto que no se le priva de la propiedad, sino que se le modifica; no se le priva del contenido económico que

la propiedad supone.

Gascón y Marín [2] no emplea el término de enajenación forzosa, sino el de modificación del derecho de propiedad. Sin embargo hemos de convenir, que la expresión «modificación del derecho» es tan amplia, tan multiforme, que se pueden emplear, sin rubor, en cualquier acto que suponga un cambio en la relación jurídica del hombre con la cosa. El propietario que da en usufructo sus bienes, ha modificado su derecho de propiedad; el arrendador, al establecer un subarriendo, ha modificado su derecho primitivo; el titular que da en censo sus fincas, ha modificado también su derecho. Cualquier cambio en la relación entre cosa y titular, es una modificación del derecho. En este caso concreto de la enajenación forzosa, esa transformación siempre supone, como dice Güenechea, la enajenación material del objeto.

Este concepto de modificación es sostenido por el Tribunal Supremo [3], al afirmar que en la expropiación «la administración no despoja al particular de su propiedad, sino que le impone la transformación mediante la entrega en equivalente de su valor dinerario».

Sin embargo, no es lo mismo tener la cosa que su equivalente en dinero. Por encima del valor objetivo que se determine, existe otra valoración subjetiva, particular, propia de cada sujeto interesado con relación a la cosa. Mientras para unos tiene sólo un valor sentimental, para otros supone una magnífica renta de capital, y para un tercero puede significar el medio para conseguir otra cosa. El valor vendrá determinado en función de la relación del sujeto con el objeto. Siguiendo esta teoría, todo puede, en último caso, ser valorado en dinero-incluso, recordemos, el daño moral-, y a nadie se le ocurrirá pensar que es lo mismo el valor de la indemnización que el valor del bien indemnizado.

No hay que confundir la expropiación con la confiscación o con la privación de la propiedad que supone el impuesto.

a) En la confiscación hay pérdida de la propiedad del particular, pero no existe indemnización como en la expropiación. Es requisito imprescindible la indemnización en la enajenación forzosa, y precisamente a la determinación del justo precio es a lo que tienden con mayor ahinco las legislaciones.

El preámbulo de la Ley de 1954 dice que «la fijación de la indemnización constituye, como es obvio, el problema capital de una Ley de expropiación». Sin embargo, encontramos algunas Constituciones en las que se habla de expropiación sin indemnización:

- 1.-La Constitución de Checoslovaquia de 1920 prevé la expropiación sin indemnización si la Ley dispone que no exista.
- 2.-El artículo 3.º de la Constitución de Rusia dispone que para realizar la socialización de la tierra se declara ésta propiedad nacional y será entregada a los trabajadores sin ninguna clase de indemnización.
- 3.-La Constitución de Servia declara expropiable sin indemnización los grandes dominios forestales que las autoridades extranjeras hubieran donado a algunas personas y los latifundidos que hubieran pertenecido a miembros de las antiguas dinastías extranjeras.
- 4.-El artículo 153 de la Constitución del Reich alemán, en el que se dice que, a pesar de ser norma general la indemnización, se podrá expropiar sin ella cuando así lo disponga alguna ley especial. Este precepto, como se ve, supone una excepción del principio general.
- 5.-Lo mismo ocurre en la Constitución española de 1931, en donde la falta de indemnización es la excepción.

Pero, en realidad, cuando la expropiación no va acompañada de indemnización se está ante una confiscación. Lo importante es el contenido del concepto, no la denominación que se le quiera dar.

Entrega de la cosa por el particular al Estado y entrega de su valor dinerario por el Estado al particular, ha sido idea del legislador en toda Ley de expropiación forzosa, tratando de no confundirla con otras figuras más o menos afines, y, sobre todo, con esta de la confiscación. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo reiteradamente, como se desprende de la sentencia de 6 de noviembre de 1957, en la que se hace notar que «la función y conceptualización de la expropiación forzosa fue fijada ya por la jurisdicción en la sentencia de 3 de enero de 1953, afirmando no fueron orientadores de la Ley de expropiación los Principios de despojo, por confiscación de la propiedad individual, ni el ejercicio del dominio eminente del Estado».

Güenechea, al estudiar los principales caracteres de la expropiación, hace hincapié en el concepto de justa indemnización, recalcando que no se trata, en ningún modo, de confiscación.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1953 hace referencia, también, a la necesidad de la justa indemnización. Después de afirmar que la expropiación constituye un sistema ideado para adquirir, en beneficio de la comunidad, los bienes privativos de los ciudadanos, añade que para alejar toda sospecha de abuso, se han escogido profusas normas legales y reglamentarias, todas conducentes a averiguar y establecer el justo valor de los bienes expropiados, siempre con la mira puesta en el empeño de aminorar en lo posible el detrimento de los propietarios privados del dominio contra su voluntad». Incluso se ha llegado a considerar (no sin razón) que la justa indemnización es uno de los postulados fundamentales de la expropiación, como lo demuestra la sentencia de 2 de noviembre de 1957, al afirmar, sin lugar a dudas, que «uno de los principios básicos en que descansa la expropiación forzosa es el que ha de pagarse por lo expropiado su justo valor»-. Otra nota característica que serviría para distinguir la expropiación de la confiscación es la de que mientras en ésta la actuación del Estado está dirigida contra una persona o grupo de personas en particular, en aquélla el Estado no toma en cuenta la personalidad del titular; lo que interesa al Estado son, " en concreto, los bienes prescindiendo de la persona del afectado. Es. lo que, *mutatis mutandis*, podríamos llamar un derecho personal frente a un derecho real.

b) Quizá sea algo más difícil establecer la diferencia entre expropiación e impuesto en relación a la utilidad que de ellos obtiene el particular. Por ambos conceptos el individuo se ve privado de un bien, obteniendo a cambio cierta compensación entre lo que entrega y lo que recibe.

Sin embargo, mientras que por medio del impuesto no se recibe del Estado más que un servicio directo o indirecto, por la expropiación recibe una cantidad inmediata, producto de la indemnización correspondiente.

c) Por otra parte, la modificación del orden social tradicional hace que sean cada vez más frecuentes las actuaciones soberanas del Estado, llevando a cabo la creación de nuevas formas de intervencionismo estatal que, confundándose con la expropiación, es preciso distinguir para evitar posibles confusionismos.

Por eso hemos de distinguir, también, la expropiación de la privación temporal. Es requisito de la expropiación el carácter definitivo de la lesión. Ernest Försthoff [4] estima que sólo cabe expropiación cuando la Ley decreta una lesión particular, imponiendo un sacrificio (definitivo) a un grupo bien definido de personas.

El **concepto de expropiación** ha pasado, en su caminar histórico, por diversas fases, sin llegar a

concretar cuáles sean sus razones o causas. Desde una época en la que no existía expropiación, desconociéndose esta institución, hasta otra en la que tan frecuentemente se hace uso de ella, que algún autor ha lanzado un grito de atención creyendo que se estaba ante el ocaso de la propiedad. En la actualidad se confunden una serie de términos (interés, utilidad, necesidad) para determinar a qué causa obedece la expropiación (o enajenación forzosa, como la denomina el art. 1.456 del Código Civil, capítulo I, título IV, libro IV, destinado al contrato de compraventa).

En el Código Civil sólo se hace referencia a utilidad pública, mientras que en la Ley de expropiación de 16 de diciembre de 1954, si bien se sigue hablando de utilidad pública (arts. 2, apart. 2.º, 10, 11, 12, 14, 19), otras veces se hace referencia a interés social (artículos 2. apart. 3.º, 13, 71) y en algunas ocasiones a utilidad pública e interés social conjuntamente (arts. 1, 9, 15) [5].

Quizá, al final, no podamos matizar bien la diferencia que exista entre unas y otras causas de expropiación, pero conviene hacer un viaje retrospectivo en la historia y estudiar qué causas se exigían [6]:

a) En una primera época se habla sólo de necesidad pública, sobre todo después del hito histórico tan fundamental en el mundo como supone la Revolución francesa y su declaración de Derechos del hombre y del ciudadano.

La propiedad se configuró como un derecho intocable, como un derecho poco menos que sagrado. Sus consecuencias son bien fáciles de adivinar: sólo por motivos de extraordinaria excepción se comprendía la expropiación y sólo se admitían las causas de necesidad, de estricta necesidad pública.

b) Posteriormente, la concepción tan rígida que supuso aquel acontecimiento, fue suavizándose al cambiar las circunstancias y evolucionar las ideas, admitiéndose que el Estado podía expropiar, no ya sólo cuando fuera de urgente necesidad pública, sino cuando la expropiación permitiera una mayor ventaja a la comunidad. Se amplían, por esta razón, las causas por las que se puede privar al particular de su propiedad, y aparece un nuevo concepto: el de utilidad pública.

A veces también se emplea el término de interés público (India, 1949).

En España se utiliza en el siglo XIX la expresión utilidad común (Constitución de 1837, 1845, y en la no promulgada de 1854). Sin embargo, ya en la Constitución de 1876 se utiliza la denominación que, pudiéramos decir tomó carta de naturaleza en la mayoría de las legislaciones, de utilidad pública; De aquí pasó al Código Civil (art. 1.456) y a la Ley de Expropiación forzosa de 1879.

c) ;Las realidades sociales hacen insuficiente, también, la noción de utilidad pública y se trata de ampliar las causas de expropiación. Así surge el concepto de interés social. Lo encontramos en las Constituciones de algunas Repúblicas americanas (Cuba, -1 de julio de 1946 Panamá, 18 de septiembre de 1946).

En la legislación española encontramos ya en la Constitución

El Tribunal Supremo también se ha hecho eco de esta nueva orientación, y en una Sentencia de 27 de abril de 1953 dice que no es nuevo el concepto en nuestra Patria, ya que tuvo su origen en las Leyes 2.a, Título I de la 2.a Partida». En este caso las Partidas no se limitaron, como en otros casos, a copiar o influirse por el Derecho romano, ya que en él se dejó sin resolver la expropiación forzosa.



Sin embargo, la entrada en escena de interés social en el tercer acto de la evolución histórica de la expropiación, no está lo suficientemente explicado. Se ha criticado el término interés social, estimando que era innecesario para ampliar el concepto de utilidad pública. Es innecesario establecer esta distinción, ya que si utilidad pública significa deseo, beneficio, interés de un grupo social (al que se debe someter el interés privado), ese deseo, beneficio o interés, dependerá de varias causas, y no significa esfuerzo alguno el considerar al interés, social como determinante de esa utilidad pública. Por más que si la utilidad pública se declara en beneficio de un grupo social, no sería extraño, ni forzado, denominarla utilidad social; y, una vez adoptada esta expresión, podríamos confundir los términos de utilidad e interés, ya que toda utilidad se declara en aras de un interés común. Todo ello nos llevaría de la mano a la expresión tan actual de interés social. Con ello habríamos identificado ambas expresiones, haciendo superflua, innecesaria, una de ellas. Incluso en el preámbulo de la Ley de 27 de abril de 1946 sobre Expropiación forzosa de fincas rústicas de interés social, se dice literalmente que se pretende especialmente equiparar la declaración de interés social a la de utilidad pública».

En algunos países, como Méjico [7], se ha intentado distinguir entre utilidad pública, utilidad social y utilidad nacional, pero la doctrina ha reaccionado contra esta tendencia ya que todo, en última instancia, se puede reducir al interés público.

Parece ser que en el preámbulo de la Ley de Expropiación de 1954 se quiere distinguir entre utilidad pública e interés social. Dice la exposición de motivos: «Consecuentemente, se ha desarrollado, con la precisión posible, aquella fundamental distinción entre la expropiación de utilidad pública y la expropiación de interés social del art. 32 del Fuero de los Españoles»; sin embargo, esta distinción no se lleva de modo absoluto en el articulado, e, incluso, se llega a confundir, en un tratamiento idéntico, ambas causas. El art. 13 de la Ley de 1954 dice: «el interés social determinante de transmisiones forzosas de cosas o derechos, a los fines específicos de los artículos 30 y 31 del Fuero de los Españoles, se sujetará, en cuanto a su declaración, al mismo procedimiento previsto en el artículo anterior». Es decir, se remite, para su declaración de interés social, al artículo 12, y éste trata de la declaración de utilidad pública («Respecto a los bienes muebles, la utilidad pública habrá de ser declarada...»)

Sin embargo, existen ciertas diferencias en el régimen jurídico entre una y otra:

- a) El art. 2, párrafo 3, admite que «por causa de interés social podrá ser beneficiario, aparte de las indicadas, cualquier persona natural o jurídica en la que concurren los requisitos señalados por la Ley especial necesaria a estos efectos».
- b) Al regular en el cap. II del título III la expresión por incumplimiento de la función social, que será causa de interés social (art. 71).
- c) Y, además de la Ley de 1954, está más claramente diferenciado en los procedimientos especiales (expropiación por incumplimiento social de la propiedad: solares, 15 de mayo de 1944; expropiación por interés social en los demás casos, 27 de abril de 1946)

Quizá la única solución para distinguir la utilidad pública del interés social, es considerar que existe utilidad pública cuando el bien objeto de expropiación pasa de la propiedad privada al dominio público; y existe utilidad social cuando el bien pasa a integrar parte del patrimonio de otro particular [8]. Así parece deducirse también de la exposición de motivos de la Ley al afirmarse que con ello «se ha generalizado, con las garantías formales obligadas, la posibilidad-insólita en el concepto

clásico de la expropiación- de referir sus beneficios a particulares por razones de interés social» [9].

Si sólo en esto está la diferencia entre ambas causas de expropiación (o en otras de poca importancia), no existe razón para un tratamiento distinto. Como dice González Pérez [10], si se entiende que el procedimiento es equivocado, se debiera haber generalizado el procedimiento de expropiación por interés social.

Lamo de Espinosa [11] afirma que la expropiación se ha transformado en instrumento de política social y económica, trascendiendo su carácter del marco meramente jurídico. Encuentra la distinción entre utilidad pública e interés social en cuatro puntos principales:

a) Los distintos criterios de valoración adoptados por la Ley. según se trate de expropiación por causa de utilidad pública o por interés social, están justificados, ya que se configura esta última únicamente como expropiación-sanción.

El incumplimiento de la función social determina que, al lado y conjuntamente de la expropiación, se configure una sanción.

b) En el supuesto de expropiación por utilidad pública, normalmente el bien expropiado pasa a ser de dominio público, y, por el contrario, en el caso de interés social por causa de colonización, pasa la tierra, a través del Instituto Nacional de Colonización, al dominio de un tercero.

c) Aun admitiendo que el concepto de utilidad pública ha ensanchado extraordinariamente su campo de actuación, no siempre el objeto expropiado lo es en su totalidad, y, en cambio, cuando se expropián fincas rústicas por causa de interés social, lo son generalmente en toda su extensión.

d) La Ley de expropiación por causa de interés social, no sólo regula la valoración de la finca, sino que señala excepciones y preferencias para la expropiación, así como factores que puedan influir en más o en menos en la tasación, lo que, en definitiva, supone la declaración de ciertos principios de política agraria, que se desconocerían en el caso de seguirse el mismo sistema que con la declaración de utilidad pública, mediante un criterio unificador de la expropiación.

Por último, en el preámbulo de la Ley de 1954 se considera que «al consagrar la expropiación por interés social, la Ley viene a entender implícita, tras toda relación de dominio, una función social de la propiedad». ¿Qué es lo que se ha querido decir al afirmar que se entiende implícita una función social de la propiedad? ¿Se ha llegado, en la actualidad, a querer, o al menos a insinuar, que se está ante el derrumbamiento de la propiedad? ¿Servirá esta expresión para consagrar el principio inspirador de la propiedad común, llegando, como última etapa, a consagrar, incluso, el principio dominador de la legislación soviética?

Quizá autores pesimistas han creído entender que nos encontrábamos ante el ocaso del derecho pleno sobre la cosa. El Estado -afirman-, en su afán de intervencionismo, tiende a debilitar primero, para destruir después, los lazos de la propiedad privada, convirtiéndose en el único dominador.

Hasta cierto punto es lógico este pesimismo, ya que si volvemos los ojos atrás, no sería extraño creer que se estaba ante una nueva etapa en la declaración de causas de expropiación. Primero fue necesidad, luego se amplió a utilidad, en un tercer período se instituyó el concepto de interés social y en este mismo período se prepara el camino para ampliar el concepto de causa, de tal manera, que cualquiera sirviera para proceder a la expropiación.



Sin embargo, mirando con serenidad y comprendiendo bien la expresión función social, se comprende que lo que se ha querido es, únicamente, volver al concepto de propiedad basándolo en el Derecho natural, subordinando el interés privado a la utilidad común.

Modernamente en todas las legislaciones se ha consagrado este principio, acentuándose el carácter social de la propiedad. Sin dejarse influir por pequeños sectarismos ni ideas trasnochadas, dice algún autor [12], bien patente está el ejemplo de Inglaterra cuando se muestra, para despejar de ciertos prejuicios la mente, recordando cómo la reforma agraria se fue llevando a cabo en el país, considerado como individualista por excelencia en el que se pedía oficialmente mayores amplitudes para la expropiación por causa de utilidad social.

Haciendo exclusión de Rusia (en donde la expropiación sin indemnización ha sido aplicada como base política en la República de los Soviets para modificar el régimen de la propiedad), vamos a ver panorámicamente qué países, principalmente, han admitido el-carácter socializador (entendiendo éste en el sentido de interés social) de la propiedad [13]:

- 1.-En la Constitución de México de 1917 se dice que la nación tiene en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.
- 2.-El art. 153 de la Constitución alemana de 1919 consigna que la propiedad no sólo, es derecho, sino que obliga; su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general.
- 3.-La Constitución de Perú de 1920 dice que la Ley puede establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transformación de determinadas propiedades.
- 4.-La Constitución de Servia de 1921 determina que la propiedad no puede usarse en perjuicio de intereses colectivos.
- 5.-La de Chile de 1925 establece que el ejercicio del derecho de la propiedad está sometido a las limitaciones que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social.
- 6.-La Constitución francesa de 1946 declara deben pasar a propiedad de la colectividad todo bien o empresa con caracteres de servicio público nacional.
- 7.-La de Brasil de 1946 condiciona el uso del derecho de propiedad al bienestar social.
- 8.-La de Yugoslavia de 1946 declara que la propiedad privada no puede utilizarse en perjuicio de la comunidad popular, pudiendo ser limitada y expropiada.
- 9.-Asimismo, la Constitución de Italia de 1947 reconoce la propiedad privada, declarando su expropiación con indemnización.

Cimbali [14] dice que si el propietario «quiere mantener el derecho exclusivo a su territorio debe emplear convenientemente capital y trabajo necesarios a utilizarle y hacerle producir, y que desde el instante en que cesa en el cumplimiento de los deberes, debe cesar en el ejercicio del derecho» llevando como consecuencia la expropiación forzosa.

Joaquín Costa [15], haciendo referencia al ejemplo apuntado en Inglaterra, escribía pidiendo la aplicación de la ley de expropiación forzosa como en Inglaterra, y, en donde esto no sea suficiente, expropiación, arrendamiento o acensuamiento de las tierras.

Por su parte, Gascón y Marín [16] no se atreve a afirmar apriori que ante la mano muerta individual haya que buscar el remedio en la expropiación; dependerá-dice-en un todo del destino-que se dé a los bienes expropiados. Centra la cuestión en la pregunta dé si hay derecho o no a imponer expropiación con fines sociales:-Y contesta diciendo que, en general, no cabe por qué negarlo.

A través de todo esto se aprecia que, en un principio, el derecho de propiedad pertenece a los



particulares, que son las personas privadas las que utilizan, usan, actúan y se benefician con su titularidad y que sólo cuando ellas no sepan, no quieran o carezcan de medios para obtener los beneficios que de su derecho derivan, el Estado actuará disponiendo la expropiación por interés social, en el cual estará incluido el propio interés de la misma persona expropiada.

Como dice Janini [17], «el espíritu de los tiempos es desfavorable a los parásitos. El propietario que no se consagra a conservar y a aumentar el valor de la porción del suelo nacional que le pertenece, se coloca en una falsa posición para luchar. Su mejor defensa consiste en mostrarse útil y en contribuir al bienestar social».

Además, según el art. 73 de la Ley de expropiación de 1954, si se declara causa de interés social por incumplimiento de la función social, el beneficiario no sólo es la propia Administración, sino que puede ser otro particular, como se desprende del segundo inciso de dicho artículo, al decir que «únicamente cuando el beneficiario sea la Administración...». Con ello está bien claro que no se quiere destruir la propiedad privada (este caso sería buen pretexto para ello), sino que lo que se intenta es que la propiedad privada, sin dejar de ser tal contribuya al mejoramiento de toda la sociedad.

El Tribunal Supremo también se ha encargado, por su parte, de hacer resaltar esta circunstancia, como lo demuestra en el contenido de su Sentencia de 27 de abril de 1953 (citada anteriormente), que a propósito de la fijación del justo precio de la expropiación, dice que «todo el ordenamiento legal de la expropiación tiene por exclusivo objeto, no la salvaguardia o la garantía de las atribuciones y prerrogativas del Poder, ya defendidos por otros medios, sino la protección y el amparo del derecho privado de propiedad, declarándolo sagrado e inviolable y asegurando su defensa en las mismas Leyes Constitucionales y en los Códigos Civiles de que son ejemplo nuestras disposiciones legales vigentes en la materia, inspiradas en una tradición secular que tuvo su origen, precisamente, en nuestra Patria».

B) Fundamento

No solamente por estar declarada en la Ley vamos a admitir la razón de la expropiación. Es evidente que las disposiciones legales vinculan a las personas respecto de las que dictan, pero tampoco es menos evidente que la Ley no eleva por sí sola el espíritu de las disposiciones que integran su contenido. Toda Ley es, en efecto, por el hecho de serlo, norma legal (cuando hablamos de Ley en este sentido damos por sentado que ha sido dictada por quien tiene poder para ello), pero no hay que suponer que sea legítima. Y es precisamente aquí en donde debemos construir toda la doctrina del fundamento de cualquier norma jurídica. El fundamento de ésta ha de basarse, no en la mera voluntad del legislador, sino en aquellos principios que son la medida de todo el derecho positivo.

La expropiación, por su peculiar concepto (no hay unanimidad al configurar su naturaleza jurídica: unos estiman que es una limitación de la propiedad; otros, una extinción de la misma, etc.), supone una gran diversidad de opiniones, y la doctrina busca sin descanso la norma superior en la que fundar toda su teoría.

Sin querer dar una opinión concreta, que sería sólo, al fin y al cabo, una más entre todas, vamos a ver cuáles son las teorías que intentan explicar el fundamento de la expropiación en general, ya que la expropiación por causa de interés social estará incluida dentro de este concepto amplio.

Buceemos, pues, entre el mar de tesis para intentar sacar a flote alguna idea que, si no muy concreta, sirva, al menos, para centrar de algún modo el fundamento de la expropiación forzosa.

1.-Desde luego no debemos buscar el fundamento en teorías como la del dominio eminente del Estado; no es una facultad superior que tenga sobre los bienes privados. La facultad del Estado es de Derecho público, pero esto no quiere decir que desconozca o niegue las facultades apoyadas en el Derecho privado.

Quizá por influencias romanas o feudales se pueda sostener tal teoría, pero esto sólo se conseguirá cuando se confundan lo público con lo privado y la soberanía del Estado se salga de su esfera, abrazando más conceptos de los que le correspondan. Esto no quiere decir que se establezca una separación absoluta entre lo público y lo privado, sino que cada uno debe circunscribirse a su propia esfera, sin desconocer lo demás.

2.-Tampoco debemos recurrir a la necesidad de resolver conflictos, oponiendo el interés social al individual. Stein encuentra el fundamento en la necesidad de resolver la oposición o colisión entre el interés particular y el público. Pérsico también apoya esta idea [18].

También parece que apunta el mismo concepto Hermán Sacher [19]. Según este autor toda expropiación tiene su fundamento en el Derecho público y descansa en la consideración de que el bienestar público precisa menoscabar las propiedades fundamentales, siempre previa correspondiente indemnización. Por tanto-según este autor- hay que buscar un equilibrio o una proporción entre lo que el Estado da y lo que exige del particular. Supone la expropiación una pugna entre los intereses públicos y privados, venciendo unos u otros, según la ideología política de la comunidad.

El fondo común de todas estas teorías está en el concepto de lucha o pugna entre el Estado (expropiante) y el particular (expropiado).

Sin embargo, Meucci [20] estima que, en realidad, la expropiación no supone un conflicto que termine con la victoria de una parte, sino que debe entenderse como una fórmula de conciliación y armonía que se reduce a la modificación de un derecho en gracia de otro por la coexistencia de ambos [21].

3.-Guenechea [22] apoya el fundamento de la expropiación en la misma base que el del impuesto o el de las servidumbres administrativas. Dice que el Estado ha de tener a su disposición los medios necesarios para conseguir sus fines;-para lograrlos le pueden hacer falta, además de las prestaciones personales o pecuniarias, las reales de objetos determinados.

Para explicar su teoría busca algunos pilares en qué mantenerla, y así, dice que se puede demostrar:

a) Dada su conveniencia, la recta razón exige que los derechos mismos de los particulares puedan ser limitados y aun secuestrados, porque se debe subordinar el bien menor al mayor.

b) Santo Tomás, los teólogos y moralistas dicen que las cosas las destinó Dios para el bien común de los hombres.

c) Cualquier particular puede, en caso de extrema necesidad, apoderarse de los bienes ajenos; restituyéndolos después, si puede, al menos en su equivalente.

d) Si los subditos están obligados a contribuir con sus vidas, cuánto más con sus bienes, que constituyen un bien menor.

Güenechea, en resumen, funda el concepto de expropiación en tres puntos:

- 1.-Enajenación obligatoria
- 2.-Justa indemnización y;
- 3.-Poder administrativo.

4.-Algunos autores, no intentan buscar ningún criterio superior, y se contentan construyendo la doctrina de la expropiación en la simple ley positiva. Entre los principales autores que sostienen esta idea se encuentran Bentham y Montesquieu [23].

5.-Longo supone que la propiedad privada es sólo una concesión administrativa de la autoridad, pudiendo esta misma autoridad decretar su cese.

6.-Zanobini [24] no determina, en concreto, cuál es su fundamento. Se limita a decir que la nueva Constitución italiana considera la expropiación como un instituto del todo normal, declarando así el art. 38 que la ley autoriza, por motivo de interés general, la expropiación de la propiedad privada, previa indemnización.

7.-La mayoría de la doctrina italiana (Romano [25], Sabbatini y Biamonti [26], Licifredi [27], D'Alessio [28], Pugliatti [29], estima que así como el Estado es fuente directa o indirecta de todos los derechos, igualmente es la causa primera de cada una de sus limitaciones y de su misma extinción.

8.-García de Enterría [30] afirma que la justificación de expropiar no tiene un sentido sustantivo. Es un poder concreto que se integra dentro del poder genérico y ordenador del Estado. Por "esta razón el tema de la expropiación surgió por la ausencia, de una idea abstracta del poder público.

Pero una vez superadas estas nociones, la justificación del poder de expropiar nn tiene más sentido que el que tendría preguntar la justificación del poder estatal con respecto a cualquier otra figura jurídica (la dote, el contrato de sociedad, el derecho sucesorio, etc.).

Después de afirmar esto, García de Enterría estima que, desde el punto de vista jurídico, la potestad expropiada se justifica in concreto por la atribución de la Ley Esto, dicho así, parece que se inclina por la tesis antes apuntada del Derecho positivo.

9.-Algún autor ha llegado a fundar su teoría en considerar que la expropiación se debe en virtud a un derecho de prerrogativa que ostenta el Estado con respecto a los particulares.

Si estudiamos nuestra Ley de expropiación forzosa de 1954, encontramos que su preámbulo comienza afirmando que «la expropiación forzosa contempla el supuesto en que, decidida la colisión entre el interés público y el privado, en consideración a la lógica prevalencia del primero, resulta obligado arbitrar el procedimiento legal adecuado para promover jurídicamente la transmisión imperativa del Derecho expropiado».

Observando este párrafo, podemos arrancar de él algunas expresiones que, aparentemente, nos llevan a configurar la expropiación como un derecho en el que se ventila un conflicto entre el interés social y el particular. No hay que hacer demasiados malabarismos para sacar este significado de la expresión «decidida la colisión entre el interés público y el privado»; casi estas mismas palabras nos dan ya aquel resultado, sin necesidad de alambicar ni retorcer expresiones.

Por otra parte, parece que al decir que se arbitraré un procedimiento legal adecuado para promover jurídicamente la transmisión imperativa, estamos ante un supuesto que se quiere fundar sólo en la propia Ley positiva.



Sin embargo, en la exposición de motivos de la Ley de 1954 se establece que no es una colisión de un derecho con otro, con supremacía de uno de ellos, sino en la existencia de dos derechos que, como tales, tienen la misma categoría, pero que deben conciliarse para el beneficio común.

Se dice que «una solución simplista viene a ignorar el hecho de que aquí no luchan el interés público, que impulsa a continuar la expropiación, y el interés privado, que tiende a demorarla. En realidad, el legislador ha de arbitrar aquí entre las exigencias de ritmo de la ejecución de la obra o servicio y las de no menor interés público ni inferior rango, de conseguir la justa indemnización que por principio se reconoce al particular afectado».

Nuestra Ley no ha querido supeditar un interés a otro, ni establecer rangos de distintas categorías, sino lo que ha intentado hacer es ponerlos en concordancia, elevarlos a un mismo nivel y no menospreciar el interés particular, que, al fin, lleva siempre implícito un interés social.

Para ello la Ley establece, en su título V, unas garantías jurisdiccionales, y para recalcar mejor su propio conceptos declara, en el número 4.c del art. 126, que «se consideran de turno preferente los recursos comprendidos» en dicho artículo.

El preámbulo también hace referencia a este sistema garante, y afirma que, en «la medida en que la Ley ha apreciado la necesidad de configurar la expropiación, considerando todo el campo a que hoy se extiende la acción de la Administración, se ha hecho cargo de la necesidad de compensar jurídicamente tan amplio desarrollo con un sistema eficaz de garantías, que fueran la proyección técnica del solemne principio consagrado en el artículo 32 del Fuero de los Españoles».

El art. 125 sale al paso de que la Administración no cumpla los requisitos que en la Ley se establecen referentes a la declaración de expropiación, a la ocupación, al pago, etc., y así dispone que «siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa objeto de expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los Jueces le amparen, y, en su caso, le reintegren en su posesión, amenazada o perdida».

Y el artículo siguiente (art. 126) establece los recursos contenciosos de que podrá disponer el particular expropiado:

- «1.-Contra la resolución administrativa que ponga fin al expediente de expropiación o a cualquiera de las piezas separadas, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo.
- 2.-Asimismo, ambas partes podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que sobre el justo precio se adopten.
- 3.-En todo caso, el recurso podrá fundarse en vicio sustancial de forma o en la violación u omisión de los preceptos establecidos en la presente Ley (de 1954).»

A veces se considera a la expropiación como una sanción que el Estado impone a los particulares por incumplimiento de la función social que a cada individuo corresponde, pero esto no deforma en nada el concepto contenido en la Ley de 1954. Así, la Orden de 27 de mayo de 1953 declara en su art. 29, que «las controversias a que se refieren los dos números anteriores serán sancionadas con la expropiación del matrimonio»; y entre los casos que se citan en los arts. 27 y 28 de la citada Orden, están:

- 1.-Toda clase de arriendo, cesión o traspaso, en todo o en parte, del patrimonio familiar, y, en

general, el no llevar el titular el título de cultivo directo e íntegro del mismo.

2.-La resistencia a la realización del cultivo personal cuando para ello fuere requerido el titular por el Instituto Nacional de Colonización.

3.-La división del patrimonio familiar entre los herederos sin cumplirse los requisitos previstos para la desintegración.

4.-La transmisión, en todo o en parte, del patrimonio por actos intervivos, sin cumplir lo establecido en la misma Orden (según su art. 7).

5.-Ciertos incumplimientos de los deberes primordiales de familia, tales como malos tratos de obra al cónyuge o a los hijos; el público amancebamiento, si el titular fuera viudo y tuviera hijos, etc.

También la Ley de 3 de diciembre de 1953 sobre fincas mejorables, al disponer que, «declarada mejorable una finca, el deseo por parte del Ministerio de Agricultura de que se lleven cuanto antes a la práctica las intensificaciones o transformaciones necesarias en la finca, le impele a declarar expropiables aquellas en que no se lleven a efecto las intensificaciones o transformaciones».

[1] En realidad, estos autores, en lugar de formular su teoría con la afirmación de que «nadie podrá ser privado de su propiedad», debieron formularla, ateniéndose a la realidad fáctica del momento, con arreglo a un criterio más justo en la expresión. En vez de «nadie podrá», que quiere indicar un absolutismo radical en contradicción con los propios hechos de la realidad que conducen a la expropiación forzosa, debieron formularla diciendo que «nadie deberá ser privado de su propiedad», pero esto es sólo una sutil disquisición sin ninguna importancia mayor.

[2] Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, pág. 443, Madrid, 1952.

[3] Sentencia de 19 de junio de 1954. También en una reciente, de 6 de noviembre de 1957, se vuelve a insistir en que «no se le priva del patrimonio económico al particular, sino que se le transforma mediante la entrega de un equivalente dinerario».

[4] Lehrbuch des Verioaltiingsrechts, Allgemeinerteil.

[5] González Pérez, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, mayo-junio, 1955, págs. 258-266, La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de expropiación forzosa.

[6] González Pérez, artículo cit.

[7] González Pérez, artículo cit., pág. 272.

[8] Lizarazu de Anzoloro, La expropiación (tesis, Bogotá, 1952). Referido por González Pérez, en el artículo cit., pág. 268.

[9] Como también se desprende del Reglamento de la Ley de Expropiación forzosa (D. 26 de abril de 1957), al desdoblarse la cualidad de beneficiario de la de titular de la potestad de expropiador. El art. 4 de dicho Reglamento habla de no coincidir en el mismo sujeto las cualidades de expropiante y beneficiario, cuando anteriormente (mim. 2, art. 3) había afirmado que el Estado, la Provincia y el Municipio son los únicos titulares de la potestad de expropiar.

[10] González Pérez, artículo cit.

[11] «Revista de Estudios Agro-Sociales», vol. 10.

[12] Ver La cuestión agraria de Inglaterra e Irlanda, por Rodolfo Gneist, Biblioteca italiana, Brunialti.

[13] Gascón y Marín. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, pág. 448, Madrid, 1952.

[14] La nueva fase del Derecho civil

[15] Colectivismo agrario.

[16] Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, Madrid, 1952.

[17] Cit. por Gascón y Marín, Tratado..., tomo I; pág. 449.

[18] Castán, Derecho civil español común y foral, tomo II; 8.a ed., pág. 269, Madrid, 1951.

[19] Staats lexikon.

[20] Obra cit. de Castán.

[21] Como dice la Sentencia del T. S. de 7 de junio de 1957, «debe tener el obligado equivalente de una sustitución de valor sin alguna del bien que coactivamente sale del patrimonio privado por necesidades de orden social».

[22] Ensayo de Derecho Administrativo, tomo II, pág. 828. Bilbao, 1975.

[23] Obra citada de Güenechea.

[24] Corso di Dintto Amministrativo, volumen IV, pág. 180. Milano, 1948.

[25] Principi.

[26] Commento.

[27] Le prestazioni di cose.

[28] Istituzioni.

[29] Trasferimenti coattivi.

[30] Anuario de Derecho civil, octubre-diciembre 1955.

b) ALCANCES DEL PODER DEL ESTADO EN LA EXPROPIACIÓN

[Sotela]²

De acuerdo con lo que hemos expuesto anteriormente el Estado puede expropiar únicamente en razón de un interés superior, concretado en las leyes con las expresiones, "utilidad pública", "interés público", "interés social", todo lo cual podría traducirse en la idea que conlleva la expresión "función social", utilizada en la ley costarricense relativa a Tierras y Colonización únicamente, pero vigente de manera implícita en la esencia de sus normas.

El ejercicio del derecho de expropiación garantiza al propietario una previa indemnización "conforme a la ley". Esta expresión pone de manifiesto que será la ley la que regule las modalidades de la indemnización y lo concerniente a los procedimientos aplicables.

Se ha dicho también que excepcionalmente en casos de guerra o conmoción interior, no será indispensable que la indemnización sea previa, pero el pago correspondiente no puede tardar más de dos años concluido que sea el "estado de emergencia". Estas expresiones constitucionales "conmoción interior" y "estado de emergencia" han dado lugar a la elaboración de leyes que han permitido la entrada en posesión de los entes estatales mediante el depósito de una suma provisional, señalada por el Tribunal Fiscal Administrativo; leyes que han sido objeto de recursos de inconstitucionalidad, que no prosperaron, aunque tuvieron importantes votos a favor; sobre este punto trataremos más adelante. Por ahora conviene aclarar que la legislación dictada sobre expropiación, da amplia posibilidad al Estado y a sus entidades para hacer el uso requerido de esta institución jurídica con toda amplitud, y que en virtud de la disposición constitucional que deja su regulación en manos de la ley, se ha ido introduciendo por medio de especiales normas un "procedimiento de urgencia", mucho más expedito que el establecido en la ley general, y al que luego nos referiremos.

El Estado no podrá expropiar sino por razones de "interés público legalmente comprobado" que corresponde calificar, de acuerdo con la ley general de expropiaciones, al Poder Ejecutivo. No obstante, desde el momento en que la Constitución Política ha introducido en beneficio de los administrados la jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha quedado abierta la posibilidad para discutir en la vía judicial y dentro de un juicio contencioso-administrativo, el derecho o poder del Estado para calificar de "interés público" una determinada expropiación, impidiendo así un posible abuso de poder.

Podríamos decir que la Administración Pública costarricense ha tratado siempre de ser respetuosa de los principios legales indicados. Recientemente se ha producido un caso interesante de expropiación: El Estado había dado en arrendamiento un edificio de su pertenencia a dos empresas industriales que tienen allí instalados sus expendios; contiguo a dichos establecimientos funcionan las oficinas del Tribunal Electoral, organismo del Estado encargado de tramitar todo lo relacionado con las elecciones que se hagan en el país; pues bien, dicho organismo como es natural, se ha ido expandiendo y ya prácticamente el edificio que ocupa es insuficiente para sus fines, el Estado entonces decidió expropiar a los referidos industriales para dedicar todo el inmueble al servicio de las funciones de dicho Tribunal; pero ¿de qué expropió a los industriales? Del derecho de arrendamiento que el mismo Estado les confirió tiempo atrás: decretó la expropiación de dicho



arriendo mediante el Decreto Ejecutivo 1820-G de 25 de junio de 1971.

c) EL FUNDAMENTO DE LA EXPROPIACIÓN

[Morales]³

1. Teorías más Importantes.

En la misma forma en que la doctrina ha elaborado teorías para encontrar el fundamento de la propiedad, lo ha hecho para determinar el de la expropiación. De éste nos ocuparemos en las siguientes líneas.

Varias teorías han sido expuestas sobre este particular Bielsa cita las siguientes:

- a) La que encuentra en la primitiva propiedad colectiva el origen y fundamento de la expropiación. Esta es la llamada "Teoría de las Reservas", que favorece las tendencias socialistas. Según sus principales defensores, en los primeros tiempos la propiedad fue colectiva. Al evolucionar al carácter individual, el Estado se reservó, en representación de la sociedad, la facultad de apropiarse de cualquier bien perteneciente a los particulares.
- b) La que concibe a la expropiación como limitación jurídica de la propiedad.
- c) La que la considera como derivada de la atribución del dominio eminente que el Estado se ha reservado sobre todo el territorio que lo comprende.
- d) La que la concibe como un derecho público de naturaleza real.
- e) La que la considera una institución necesaria a los fines del Estado.

Sin embargo, Bielsa deja por fuera una teoría no menos importante que las anteriores: la teoría de la colisión de derechos. Sostiene esta última que, producida una colisión entre el interés particular y el social, debe ceder el primero, ya que es natural que el interés general prive sobre el particular. En otras palabras, el derecho de expropiar deriva de la superioridad del Derecho Público sobre el Derecho Privado.

La teoría de la colisión de derechos ha sido objeto de duras críticas. Sus adversarios sostienen que en el caso de la expropiación no hay intereses cualitativamente idénticos y cuantitativamente diferentes, por lo cual resulta inadecuado hablar de conflicto de intereses. En la expropiación — opinan— se da una cuestión de calidad y no de cantidad. Esta es la posición que adopta Legon, adhiriéndose a Scalanti.

En forma más bien violenta se expresa el tratadista Gascón y Marín, quien sostiene que el fundamento de la expropiación no debe buscarse en la necesidad de resolver problemas que no existen, como resulta al .tratar de oponer el interés individual al social. Opina que tal conflicto de



derechos sólo existe en las mentes de los individuos que, por falta de solidaridad, por falta de espíritu ético, no se dan cuenta de su calidad de miembros vivos de la colectividad. Por el contrario, cree que la expropiación persigue el ideal de justicia mediante la armonía del derecho legítimo del individuo y el derecho legítimo de la sociedad a procurarse medios para sus fines, haciendo que la propiedad contribuya al bien común. Concluye afirmando que el fundamento de la expropiación es la utilidad pública.

Como puede apreciarse, Gascón y Marín se adhiere a Ihering, para quien "la expropiación es la solución que concilla los intereses de la sociedad con los del propietario; sólo ella hace de la propiedad una institución prácticamente viable que sin ella, sería para la sociedad un azote."

Pero volviendo a las teorías que cita Bielsa, es conveniente que expongamos algunos conceptos con relación a una de ellas, la más antigua: la del dominio eminente del Estado.

Esta teoría es propia del absolutismo. Sin embargo, esto no constituyó obstáculo para que en un tiempo fuera la más defendida y aceptada, tanto por las legislaciones como por la doctrina. Bielsa arremete contra ella, considerándola errónea y simplista. Agrega que si se acepta como buena, quedaría entonces sin explicación ni justificación el derecho que en todas las legislaciones tiene el expropiado ante el expropiador, cual es el derecho a ser indemnizado. Estas son las palabras del tratadista argentino:

"Si el Estado al expropiar obrara en virtud del derecho de dominio eminente, el expropiado no tendría derecho oponible contra aquél, tal cual ocurre en rigor cuando el Estado obra como poder público. El dominio eminente es, por su naturaleza, soberano y absoluto. Cuando se lo ejerce, la facultad del Estado es ilimitada, aunque fundada en la soberanía, como también lo es la que constituye el derecho de policía, ante el cual desaparece toda consideración de orden privado."

Para Bielsa, en fin, el fundamento jurídico de la expropiación se encuentra en los fines del Estado. Considera que uno de tales fines es procurar a la sociedad el mayor bienestar. Llama la atención al hecho de que si el Estado puede, para realizar sus fines, limitar los derechos individuales ejerciendo el derecho de policía, bien puede por la misma razón limitar el ejercicio de la propiedad, puesto que la libertad individual es lo más y la propiedad es lo menos, y quien puede lo más, puede lo menos.

2. Otras Teorías.

Hay, además de las teorías expuestas, otras que, por razón de su simplismo o por haber recibido menor acogida en la doctrina, debemos considerar menos importantes. De entre ellas mencionaremos las siguientes:

a) La Teoría del Consentimiento Presunto. Esta teoría puede resumirse así: el Estado tiene establecida en sus leyes la expropiación. Quien es ciudadano de ese Estado, a él se acoge y de él se beneficia, aceptando implícitamente la limitación de la propiedad que supone la expropiación.

Demasiado simple resulta el razonamiento anterior. No explica el fundamento de la expropiación,



sino que se limita a enunciar el deber que tiene todo ciudadano de soportar la expropiación. Además, al referirse únicamente al nacional, deja por fuera a los extranjeros. Si se interpretara a contrario sensu, no encontraríamos en la teoría del consentimiento presunto explicación para la expropiación de los bienes de personas no nacionales.

b) La Teoría de la Condicionalidad. Sostiene ésta que algunos bienes particulares son medios indispensables para el cumplimiento de los fines de interés general. Afectados los bienes por esa condicionalidad, procede la expropiación. Como puede apreciarse, poco o nada a-porta esta teoría para explicar el fundamento jurídico de la expropiación.

3. El Fundamento de la Expropiación en nuestro Derecho.

Luego de estas consideraciones de aspecto teórico, procedemos a ver cuál es el fundamento de la expropiación en el Derecho panameño. A manera de introducción, diremos que el mismo ha variado en nuestras Constituciones. Veamos:

a) El Dominio Eminente del Estado. La teoría del dominio eminente tuvo vigencia expresa en nuestro ordenamiento constitucional, como puede apreciarse en la segunda Constitución, la de 1941.

Pero antes de proseguir, bueno es anotar también que nuestra primera Constitución (la de 1904) contiene un artículo que, aunque no lo menciona expresamente, contiene la idea del dominio eminente. Es el artículo quinto, cuyo texto es el siguiente:

"El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece a la Nación."

Sin embargo, de la ubicación de dicho artículo en el Título I, que se refiere a la Nación y el Territorio, se deduce sin lugar a dudas que la intención del constituyente era principalmente dejar establecido en forma categórica que la nueva Nación se reservaba el derecho de propiedad sobre todo su territorio, con exclusión de **cualquier derecho que pudiese alegar la República de Colombia**. No guarda por tanto, el artículo citado, ninguna relación con la expropiación.

Muy diferente parece ser la intención del artículo séptimo de la Constitución de 1941, el cual se refiere en forma expresa al dominio eminente, en estos términos:

"La Nación tiene el derecho de dominio eminente sobre todo el territorio que la constiuye, incluyendo las aguas territoriales, el suelo y el subsuelo, y sobre todos los bienes que se encuentren dentro de él."

El profesor de Derecho Civil de la Universidad de Panamá, Dulio Arroyo, observa que este artículo no pasó a la Constitución vigente, sino que fue eliminado, "de seguro por influencia del Dr. Moscote, quien estimó que no era necesario, ya que bastaba con consagrar el derecho de expropiación que tiene el Estado."

Sin embargo, debemos anotar que con anterioridad a la reforma constitucional de 1941, y precisamente abogando por la modificación del espíritu individualista de la propiedad reflejado en la Constitución de 1904, el Dr. Moscote escribió:

"En consecuencia, la reforma de la propiedad tiene que descansar en principios más

generosos y comprensivos: 1° el más amplio posible de que el Estado ejerce hoy, más que nunca antes, un dominio original, eminente e incontrastable sobre la propiedad territorial, y 29, el de que él puede considerar el derecho de propiedad de los particulares como un objeto de derecho público y regularlo en atención a los intereses de la Economía Nacional."

En el contenido de este párrafo se puede ver cómo el Dr. Moscote sí fue partidario — en alguna ocasión, al menos — de la teoría del dominio eminente del Estado.

Las observaciones que hace Bielsa en torno al principio del dominio eminente del Estado y su relación íntima con la soberanía, son agudas y concluyentes. Apenas, por ello, descubrir que dicho principio lograra colarse en el texto de la Convención del Canal Istmico, celebrada entre Panamá y los Estados Unidos, en 1903.

La Cláusula VII de dicha Convención o Tratado, decía:

"La República de Panamá concede a los Estados Unidos dentro de los límites de las ciudades de Panamá y Colón y sus bahías adyacentes a ellas, el derecho de adquirir por compra **o en ejercicio del derecho de dominio eminente**, las tierras, edificios, derechos de agua y otras propiedades que sean necesarias y convenientes para la construcción, mantenimiento, funcionamiento y protección del Canal....etc."
(Subrayamos nosotros)

¿Cómo debía interpretarse el infortunado uso de la expresión "en ejercicio del derecho de dominio eminente" a favor de los Estados Unidos? ¿Significaba ella que los Estados Unidos eran soberanos en la Zona del Canal? ¿Podían, pues, los Estados Unidos, por razón de esta soberanía, expropiar tierras, edificios, etc.. dentro de los límites de las ciudades de Panamá y Colón?

Conclusiones de esta naturaleza deben desecharse por erróneas y por lesivas a la dignidad de la República de Panamá.

Con excepción de uno que otro comentarista trasnochado, nadie discute ya que Panamá ha sido y es soberana dentro del territorio de la Zona del Canal.

Lo que Panamá concedía a los Estados Unidos mediante la Cláusula VII, parcialmente transcrita, no era— creemos nosotros— más que un derecho de opción para adquirir por compra (sic) los bienes expresados, siempre que ellos fueran "necesarios y convenientes para la construcción, mantenimiento, funcionamiento y protección del canal."

Pero, justo es reconocerlo, la sola inclusión de la expresión comentada dentro del Tratado de 1903, puso en entredicho la soberanía panameña sobre la Zona del Canal. Por eso no es de extrañar que panameño tan ilustre como el procer don Tomás Arias llegara a la conclusión de que Panamá había enajenado su soberanía en favor de los Estados Unidos.

En efecto, en nota fechada el 29 de septiembre de 1904, don Tomás Arias se expresa así:

"Erigido el Istmo de Panamá en entidad internacional, el Gobierno Provisorio aprobó el Tratado Varilla-Hay, que concede a la Unión Americana una faja de territorio Nacional para la apertura de un canal marítimo y su conservación y la Ley fundamental del nuevo Estado ratificó expresamente ese tratado, y dijo que no es transferible en la



República la propiedad raíz a Gobiernos Extranjeros, salvo lo estipulado en tratados públicos (artículos 145 y 118). Como se ve, pues, el derecho político panameño sí permite la enajenación de la Soberanía; y que las Constituciones de otros muchos países la permiten también, lo prueba el sinnúmero de cesiones territoriales y voluntarias que citan todos los Tratadistas de Derecho Internacional, inclusive Fiore Blustchli.

Ahora, que Panamá conserva su soberanía sobre la Zona del Canal, porque se la reconoce el Tratado en su letra y espíritu, es cosa que a la verdad no la veo clara.

En el Tratado Varilla-Hay no veo el reconocí, miento de la soberanía de que Su Señoría se sirve hacer mención, porque si en algunas cláusulas parece que se reconociera tácitamente, en otras se observa que se desconoce por completo."

Dejamos el análisis de los puntos de vista de don Tomás Arias para los comentaristas de Derecho Internacional y volvemos al tema que nos ocupa. Pero antes debemos hacer mención expresa de que al brillante jurista panameño, Dr. Ricardo J. Alfaro, no se le escapó el peligro que encerraba la cláusula comentada, y así fue colmo consiguió que ella fuera eliminada mediante el artículo VI del Tratado General de 1936.

b) La Colisión de Derechos. El texto del artículo 47 de la Constitución de 1941 parece sugerir que ella fundamenta la expropiación en la teoría de la colisión de derechos, con lo cual se da la curiosa coincidencia, en la misma Constitución, de dos principios: el del dominio eminente y el de la colisión de derechos. En efecto, el artículo 47 en su—ya antes transcrito— párrafo primero garantiza la propiedad privada y luego, en el párrafo segundo, establece la excepción a dicha garantía, en virtud del principio de la colisión de derechos.

La cuestión resulta más clara en la Constitución vigente, pues si bien ella no deja de referirse al conflicto de derechos, lo hace en artículo diferente del que se ocupa en forma expresa de la expropiación. Esto nos lleva a la conclusión de que la Constitución vigente no fundamenta la expropiación en la teoría de la colisión de derechos.

c) Teoría de los fines del Estado. Creemos acertada la opinión de Bielsa, según la cual la expropiación tiene como fundamento los fines del Estado. No hay duda de que este autor llega a esa conclusión partiendo del artículo 117 de la Ley 13.264 nacional argentina, el cual, al fijar la causa de la expropiación en la utilidad pública, define a esta última como contentiva de "todos los casos en que se persiga la satisfacción de una exigencia determinada por el perfeccionamiento social."

Aunque no hay en nuestro ordenamiento jurídico una disposición similar a la anterior, creemos que la conclusión de Bielsa es aplicable en nuestro Derecho. Veamos por qué:

Para comprender los fines del Estado, es bueno que comencemos por definir qué cosa es el Estado. Nos parece adecuada esta definición: "El Estado es una sociedad necesaria, orgánica, total, establecida en determinado territorio, y que mediante la diferencia e independencia política suficientes, tiende a la consecución del bien común, por la realización del Derecho."

Al aceptar esta definición, estamos rechazando de plano el principio individualista del Estado gendarme, que se limita a desempeñar una función meramente reguladora, y sustituyéndolo por un

Estado al cual corresponden actividades variadas.

"El Estado —dice Royo Villanova— debe mantener el orden social y realizar la justicia que consiste en respetar la esfera propia de cada individuo o entidad y establecer el modo de relacionarse unas y otras entre sí y con la colectividad....". Pero el Estado debe, además, procurar el bienestar y la prosperidad de la sociedad. Esto, sin embargo, no significa, intervención del Estado en forma directa (lo cual equivaldría al Estado socialista), sino más bien en forma de estímulo y orientación en favor de la realización de los fines sociales. Esta última forma es la que alcanza "la consecución del bien común, por la realización del Derecho."

Sostenemos que ésta y no otra es la orientación que sigue nuestra Constitución, porque en diversos artículos le impone al Estado las funciones de velar, fomentar, etc., diversas actividades que tienden al perfeccionamiento social. Y son estos deberes (fines del Estado, en resumen) el origen o la fuente de los conceptos de utilidad pública e interés social, que justifican la expropiación.

d) FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA EXPROPIACIÓN

[Carretero]⁴

1. Criterio justificativo de la expropiación

La cuestión debe resolverse actualmente con criterio jurídico. La Expropiación Forzosa es una potestad dentro de los genéricos poderes de la Administración: un Poder abstracto, derivado de la ley, que le permite modificar situaciones jurídicas, transformándolas en un equivalente económico; una potestad innovativa, que por eso no necesita fundamento especial, puesto que tiene el de toda potestad administrativa: la habilitación legal, que se concreta en la causa *expropiandi*; un Poder de Impérium, basado en la Justicia y en el Interés General. El fundamento de la Expropiación es el mismo que el de toda actuación administrativa: un concreto interés público expresado por un fin administrativo (Obra Pública, Servicio Público, etc.), definido por la ley. La cosa se expropia para afectarla después a un Interés Público individualizado, para una concreta realización administrativa. Supone un cambio de destino de la cosa: se compara el Interés que puede ofrecer para la comunidad la continuación de la situación del antiguo titular, con el nuevo destino al que será afectada, y se hace prevalecer el que sea conforme al Interés Público.

2. Aspecto privado

Desde el punto de vista de los afectados, es un aspecto del Régimen Jurídico de los Derechos Subjetivos, como también lo son la potestad tributaria y las limitaciones de Derechos. Las normas que regulan la Propiedad y los Derechos Patrimoniales establecen casos en que debe prevalecer el Interés General para provocar la conversión de derechos del administrado. El contenido de esas causas es variable y la Administración debe fijarlo en cada caso por medio de actos

administrativos, ordenados al concreto interés público que constituye la causa *expropiandi* y legitima la medida. La expropiación es una medida de autoridad y de Soberanía Patrimonial, cuyo fundamento es el principio de igualdad ante las cargas públicas, que resulta de actos administrativos legitimados por las normas expropiatorias, que la Administración entiende discrecionalmente al hacer la declaración de Utilidad Pública (sentencias de 21 de noviembre de 1955, 10 de octubre y 6 de noviembre de 1957, 3 de mayo de 1960).

3. El interés público en la expropiación

Lo que ocurre es que el Interés Público tiene un contenido muy complejo, que matiza la causa de la expropiación: unas veces responde a la sanción por incumplimiento de la función social de los derechos, otras al intervencionismo a la planificación, o a la necesidad, en sentido amplio de la adquisición de medios por la Administración. Hoy, estos contenidos sustanciales del Interés Público deben ajustarse a fórmulas jurídicas; la misma función social de la Propiedad es una noción de perfecto contenido jurídico, que impone la subordinación de los derechos patrimoniales a fines superiores de Interés General: el señorío sobre la cosa se inclina ante un fin más elevado que legitima la acción expropiatoria. Pretender a su vez fundamentar las razones de la ley, es salirse del terreno jurídico, que es el que importa en el momento de la aplicación de la medida expropiatoria y que sólo puede tenerse en cuenta como un criterio interpretativo y definidor del Interés General ante un caso concreto.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Ruiz Serramalera, R. (Enero, Febrero 1958). Concepto y fundamento de la expropiación forzosa por causa de interés social. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Núm. 356-357. Madrid, España. Pp. 64-84. Disponible en: <http://vlex.com/vid/fundamento-expropiacion-forzosa-interes-342516>
- 2 Sotela, R. (Setiembre, 1973). La expropiación en Costa Rica. Revista de Ciencia Jurídicas. Número 22. Universidad de Costa Rica. Escuela de Derecho. San Pedro de Montes de Oca. San José, Costa Rica. Pp. 234-235
- 3 Morales Sáenz, J. C. (1964). La Expropiación. Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Serie D, Volumen. III. Impresora Panamá, S.A. Panamá. Pp. 91-101.
- 4 Carretero Pérez, A. (1966). Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa. Editorial Santillana S.A. Madrid. Pp. 31-32.