



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

**Límites constitucionales  
a la regulación de la propiedad privada.  
Especial consideración  
a los de carácter medioambiental**

Mar Aguilera Vaqués



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – SenseObraDerivada 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – SinObraDerivada 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0. Spain License.**

Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política

Universitat de Barcelona

Programa de Doctorado en Derecho Constitucional.

Bienio: 1996-1997

**Límites constitucionales a la regulación  
de la propiedad privada. Especial  
consideración a los de carácter  
medioambiental.**

Tesis doctoral presentada por MAR AGUILERA VAQUÉS

Para optar al título de doctora en Derecho Constitucional

Director de la tesis: Dr. ENOCH ALBERTÍ ROVIRA

Catedrático de Derecho Constitucional.

**LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS DE CARÁCTER MEDIOAMBIENTAL.**

**ÍNDICE.**

**INTRODUCCIÓN.**

..... 1

**CAPÍTULO PRIMERO:**

**LA HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PODERES PÚBLICOS PARA DELIMITAR A LA PROPIEDAD PRIVADA: LA FUNCIÓN SOCIAL.**

..... 10

1. EL COMPLEJO CONCEPTO Y LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL.

2. LA FUNCI3N SOCIAL Y EL INTERES GENERAL COMO INSTRUMENTOS HABILITADORES DE LOS PODERES P3BLICOS PARA INTRODUCIR POL3TICAS DE DESARROLLO Y MEDIOAMBIENTALES Y DELIMITAR EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA (ES DECIR, LA FUNCI3N SOCIAL Y EL INTERES GENERAL COMO PUNTOS DE PARTIDA Y DE "LLEGADA").

3. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DE LA FUNCI3N SOCIAL COMO ELEMENTO ESENCIAL E INTRINSECO DE LA PROPIEDAD PRIVADA.

4. LA FUNCI3N SOCIAL EN LAS DISTINTAS PROPIEDADES.

## **CAP3TULO SEGUNDO:**

### **EL PRINCIPAL L3MITE A LA REGULACI3N DE LA PROPIEDAD PRIVADA: EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA.**

..... .136

1. CONCEPTO UNITARIO, CONFIGURACI3N Y NATURALEZA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD COMO L3MITE Y GARANT3A DE LA FUNCI3N SOCIAL Y EL INTER3S GENERAL (LA FUNCI3N SOCIAL (RODOTA) Y LA GARANTIA DE LA LIBERTAD-SEGURIDAD (ALEMANIA-F. REY) COMO ELEMENTOS UNIFICADORES DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD).

2. LOS DIVERSOS CONTENIDOS ESENCIALES DE LA PROPIEDAD DETERMINADOS POR EL OBJETO SOBRE EL QUE RECAIGA 3STA Y QUE ACOMPAÑAN AL CONCEPTO UNITARIO DE

CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD.

**CAPÍTULO LO TERCERO:**

**DISTINCIÓN ENTRE: REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD, EXPROPIACIÓN Y REGULACIONES EXPROPIATORIAS (REGULATORY TAKINGS). LA SUPUESTA CLARA DIVISION EN ESPAÑA Y ALEMANIA ENTRE EXPROPIACION Y REGULACION DE LA PROPIEDAD. (¿ CUÁNDO ESTAMOS ANTE UNA EXPROPIACIÓN FORZOSA QUE DEBE INDEMNIZARSE Y CUÁNDO ANTE UNA LIMITACIÓN DE DERECHOS QUE NO IMPLICA INDEMNIZACIÓN PORQUE SE CONSIDERA UNA DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD?).**

.....19 2

1. LA EXPROPIACIÓN COMO GARANTÍA PROCEDIMENTAL LEGAL Y COMO GARANTÍA DE LIBERTAD V. LA EXPROPIACIÓN COMO GARANTÍA MATERIAL.

2. EL AMPLIO MARGEN DEL LEGISLADOR PARA REGULAR LA PROPIEDAD Y LA

POSIBILIDAD DE MATIZARLO A TRAVÉS DE COMPENSACIONES EQUIPARADORAS NO EXPROPIATORIAS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CUESTIONES MEDIOAMBIENTALES.

## **CAPÍTULO CUARTO:**

**¿ CUÁNDO UNA REGULACIÓN VA DEMASIADO LEJOS (*HOW FAR IS TOO FAR*)? PROPUESTAS PARA IDENTIFICAR LAS REGULACIONES EXPROPIATORIAS – EN ESTADOS UNIDOS- Y LAS REGULACIONES “EXCESIVAS” – EN ESPAÑA (LA DISTINCIÓN ENTRE UNA DELIMITACIÓN Y UNA REGULACIÓN DESPROPORCIONADA (REGULACIÓN “EXPROPIATORIA”) DE LA PROPIEDAD).**

..... 364

1. LA LARGA TRADICIÓN ESTADOUNIDENSE PLASMADA EN EL CONCEPTO DE LOS REGULATORY TAKINGS A PARTIR DEL CASO PENNSYLVANIA COAL V. MAHON Y LOS TESTS TRADICIONALES NORTEAMERICANOS.

2. EL TEST DE LA INVASION FÍSICA Y EL TEST DE LA INVASIÓN FÍSICA “PER SE”. ESPECIAL REFERENCIA A SU APLICACIÓN EN ESTADOS UNIDOS EN LOS AÑOS OCHENTA (INVASIONES PERMANENTES Y TEMPORALES Y DERECHO DE EXCLUSIÓN).

- 3. EL TEST DE LA DISMINUCIÓN Y / O DESTRUCCIÓN DEL VALOR.
- 4. EL TEST DEL USO INOCENTE (LA IMPORTANCIA DEL ENTORNO) Y EL RECONOCIMIENTO DEL PRECIO DEL PROGRESO (PRIVATE FAULT AND PUBLIC BENEFIT).
- 5. LA RESPUESTA AL “WHY ME?”. CUANDO LOS TRIBUNALES SE LIMITAN A REPONER UNA INJUSTICIA QUE CREEN QUE EXISTIA PREVIAMENTE O CUANDO LOS TRIBUNALES APLICAN EL CRITERIO DE “LA NO EXISTENCIA DE TAL PROPIEDAD” (“LAS PLAYAS NUNCA FUERON SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN PRIVADA”).
- 6. EL TEST FIJADO EN PENN CENTRAL STATION. EL BALANCING TEST (BALANCING SOCIAL GAINS AGAINST PRIVATE LOSSES).

**CAPÍTULO QUINTO:**

**LA DEBILITACIÓN DE LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL ACTUAL ANTE LA INCORPORACIÓN DE LOS INTERESES MEDIOAMIENTALES Y EL EXAMEN DE LA ADECUACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD AL FIN MEDIO AMBIENTE.**

..... 583

1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD UTILIZADO EN ALEMANIA COMO SOLUCIÓN A LAS REGULACIONES EXCESIVAS (SIN QUE EN NINGÚN CASO SE CONSIDERE UNA REGULACIÓN UNA EXPROPIACIÓN, MANTENIÉNDOSE ASI LA DIVISION ESTRICTA ENTRE EXPROPIACIÓN - CON REQUISITOS FORMALES-- Y REGULACIÓN) Y LA TENDENCIA AL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN ESTADOS UNIDOS.

2. LA PONDERACION DE LOS DOS ELEMENTOS DE LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL Y

EL USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS TESTS DE LA RAZONABILIDAD Y DE NO ARBITRARIEDAD EN ESPAÑA.

**CONCLUSIONES.**

**BIBLIOGRAFIA.**



# INTRODUCCIÓN.

## 1. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

En 1990 la Audiencia Nacional establece que la Resolución<sup>1</sup> que dispone que no va a renovarse la concesión o, subsidiariamente, no va a prorrogarse la anterior, para continuar en el ejercicio de su actividad náutico-deportiva en la zona marítimo-terrestre, al Club Náutico T., es conforme a Derecho<sup>2</sup>. El Club disfruta de salas de reuniones, canchas de tenis, piscina, terraza, aulas, restaurante, puerto y almacén frente al mar y una playa privada de manera exclusiva y excluyente. Ése realiza la petición de acuerdo con la Ley de Costas 22/1988 de la cual extrae que tiene derecho a una nueva concesión o en todo caso, a una prórroga de 30 años hasta completar los 30 que la Ley de Costas autoriza. La Audiencia apunta que nadie discute que el Club Náutico T. ocupa el dominio público marítimo-terrestre ni que tal concesión se otorgó "a título precario" y por 15 años --por OOMM, en 1969--; y no en virtud de la Ley de Costas de 1969, sino en virtud de la Ley de Puertos de 1928. El Club obtuvo una prórroga por 5 años más, pero lo que ocurre ahora es que se encuentra con que la concesión se extingue en 1989 con la nueva normativa sobre costas (con la Ley 22/1988) -- sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo).

Los propietarios alegan que de acuerdo con la Ley de Costas, realizan una actividad que sólo puede realizarse en esa zona y que además están llevando a cabo una actividad de interés general. La Audiencia ordena, conforme a la Resolución, que el Club privado destruya sus instalaciones, dejando la

---

<sup>1</sup> Resolución de 30 de junio de 1989 del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

<sup>2</sup> "Haciendo un esfuerzo de síntesis, bien puede decirse que el criterio inspirador de la nueva regulación, en lo relativo al otorgamiento de concesiones para la utilización de dominio público marítimo-terrestre, es sumamente restrictivo y riguroso, tanto en este aspecto como a la hora de otorgar autorizaciones, de fijar reglas sobre el uso de playas, cuidado del medio ambiente, limitaciones al derecho de propiedad en zonas de servidumbre y de influencia, etc." Así, la Audiencia recuerda que el otorgamiento de concesiones, en la L 22/1988, sigue un criterio eminentemente discrecional; pudiendo acudir a simple oportunidad o interés público (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 6)).

costa en el estado anterior en que se encontraba antes de su instalación, permitiendo así el acceso de todo el mundo a un entorno único y necesario como lo es la costa, el mar y sus playas<sup>3</sup>. A ello añade que, de ninguna manera el Club realiza una actividad que vaya en beneficio de la comunidad. Por otro lado la negativa del Club a ceder las playas – que la Audiencia recuerda que son de dominio público<sup>4</sup>— en las estaciones veraniegas para así permitir el acceso a ellas a turistas, favoreciendo así el desarrollo económico, sostenible, de la zona, agrava la situación<sup>5</sup>. Además, concluye la decisión, “los cursos y cursillos” – tal y como los denomina la Audiencia<sup>6</sup>—de vela que pueda ofrecer en absoluto responden al interés general. Por todo ello el Club se ve obligado a dismantelar sus instalaciones y, como puede deducirse ya, no va a recibir ningún tipo de indemnización porque no estamos ante una expropiación. Ningún tipo de compensación, pues, se ofrece al Club T. (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo)).

La sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía

---

<sup>3</sup> La Audiencia Nacional exactamente establece que “extinguidas esas concesiones, si son contrarias a la ley 22/1988, serán demolidas... de ahí que se puedan emplear los mismos argumentos para determinar si la actora tiene derecho a una nueva concesión como a una prórroga” (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 7)).

<sup>4</sup> La Audiencia expresa: “tenemos un club náutico, club que ocupa un total de 5214 m2, parte de cuya extensión -aparcamiento- ya ha sido cedida a raíz de la construcción del paseo marítimo. El resto está totalmente dentro de la playa -las fotografías y planos obrantes en el expediente son sumamente expresivos- y sus instalaciones se componen de un campo de deporte, piscina, una terraza, el club social, un varadero y un almacén” A ello la Audiencia Nacional responde con otra pregunta: “Tales instalaciones por su naturaleza y fin ¿es absolutamente indispensable que tengan tal ubicación?” La sentencia establece que no “no hay necesidad, derivada de su naturaleza (art. 32.1 Ley 22/1988)” y subraya: “de que una piscina o una cancha de tenis o basquet, la terraza o el mismo club social estén en la playa, ocupen el dominio público, eso sin tener en cuenta que la ocupación de playas no puede ser de tipo privado (art. 65.1 RD 1471/1989) y siempre de libre acceso al público (art. 64.1), lo cual no se justifica que así sea en el caso de un club náutico” (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 8)).

<sup>5</sup> La Audiencia destaca el hecho que la parte actora requiere la ocupación en su totalidad, sin distinguir usos “y esto hace que en su totalidad no se acceda a lo pedido por la misma”. Distinto sería, concreta la sentencia, “que las instalaciones antes apuntadas pudiesen ser conceptuadas como usos propios de playas para fines turísticos o de temporada (art. 65 RD 1471/1989)”; es decir, que las playas “del Club” fuesen “públicas”, que todo el mundo pudiera acceder a ellas. Y puestos a discernir la decisión también se cuestiona: “es imprescindible que el varadero o almacén estén donde están?” (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 8)).

<sup>6</sup> Los recurrentes, el Club, intenta demostrar la idoneidad de su ubicación en base a sus actividades, los “cursos, cursillos y competiciones” que organiza, pero la Audiencia no acepta tampoco este argumento: “Al respecto, alegar y probar documentalmente que se organizan cursos o cursillos y competiciones de nada sirve: sólo demuestra que el club actúa de conformidad con su fin pero no que para éste sea imprescindible estar donde está, máxime en una materia donde el criterio restrictivo es el imperante y donde la Ley 22/1988 representa “una Ley nueva, con una concepción distinta de la regulación del dominio público marítimo-terrestre” tal y como reza su Exposición de Motivos” (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 8)).

dispone que la posibilidad que recoge de que en algunos casos, cuando no se estén explotando, las fincas rurales pueden ser sometidas a un arrendamiento por parte de la Administración, en beneficio del interés general, para que sean maximizadas y así favorecer un sector, a veces olvidado, como lo es el agrario es una delimitación del derecho de propiedad conforme a la Constitución. No estamos pues, tampoco ante una expropiación si no ante una regulación de este derecho, y por lo tanto no cabe la indemnización. Además, precisa el Tribunal Constitucional, en el caso que las fincas se arrienden los propietarios recibirán una renta por ésta. El derecho de propiedad pues, manifiesta el Tribunal Constitucional, no se ve conculcado.

Las limitaciones al derecho de propiedad sobre bienes de dominio público que se imponen a los propietarios que disfrutaban en exclusividad del agua o de las costas no son inconstitucionales ni siquiera cuando no se ofrezca indemnización y por más que toda el agua pase a ser dominio público o todas las construcciones frente al mar dejen de ser privadas (SSTC 227/1988 y 149/1991). Se trata, mantiene el Tribunal Constitucional, de un mero “reajuste” del derecho de propiedad. Los derechos dominicales se convierten en concesiones por un período limitado de tiempo de una media de cincuenta años. En algunos casos, y sólo si de manera singular y especialmente grave, una propiedad se viera especialmente dañada por la aplicación de la Ley, la situación podría corregirse si ésta recurre a los tribunales – como el Club Náutico T., antes citado—para exigir un procedimiento expropiatorio o que su situación concreta sea matizada.

El Tribunal Supremo sí ha entendido que debía indemnizarse a un propietario cuando el Ayuntamiento le obliga a preservar su edificio único que a su entender forma, o debería formar parte, del patrimonio histórico y cultural de nuestro país. El hecho que la construcción no fuera nunca calificada de ningún modo, que no exista una regulación al respecto, lleva a que el Tribunal declare que cualquier exigencia que se imponga al propietario “más allá de lo razonable” deba indemnizarse (sentencia de 21 de marzo de 1989, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 3ª)).

También está el caso, los casos, Airtel. En Bilbao un juez, sin que se haya probado, sin que nadie haya pagado un estudio que demuestre científicamente que las radiaciones de antenas de telefonía móvil, perjudiquen la salud, ordena que éstas sean retiradas ya que podrían estar alterando los nervios de una niña que habita un edificio colindante al que tiene instaladas las antenas. No existe ninguna regulación al respecto tampoco. La decisión no dispone que deba indemnizarse a la empresa Airtel por una exigencia que no se basa ni en una regulación ni en una prueba de daños consistente (sentencia de 9

de junio de 2001 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Bilbao).

¿ Qué criterios están utilizando los tribunales para determinar que una delimitación del derecho de propiedad es conforme a la Constitución, o a la Ley, para entender que no estamos ante una regulación excesiva de la propiedad? ¿ Son coherentes los criterios empleados por la jurisprudencia? ¿ Son constitucionales? ¿ consistentes? ¿ Por qué estos propietarios tienen que pagar el precio del interés general, que en muchos casos atiende a razones medioambientales? ¿ Por qué no se les indemniza? ¿Cuál es la base constitucional para establecer tales regulaciones sobre los distintos derechos de propiedad? ¿ Qué pasaría si se indemnizase a los propietarios en todos los casos? ¿ Quién debe pagar el precio del desarrollo sostenible?

Comprendemos que la solución no es fácil. Si se pretende indemnizar a todas estas personas que ven sus derechos de propiedad gravemente limitados deberían aumentarse los impuestos por lo menos, o redistribuirse los que ya existen para pagarlas. En cambio, si aleatoriamente a un propietario, que tiene una casa frente al mar, una empresa de embotellamiento de agua, o un terreno donde pretende construirse una vivienda en una zona que se declara parque natural se le imponen restricciones que no se consideran expropiación, entonces parece que estos propietarios, de manera singular, están soportando el peso del desarrollo de nuestro país. La regulación del derecho de propiedad no es neutral, su aplicación afectará la redistribución de la riqueza. Lo que debe una preguntarse es: ¿ ese desarrollo va realizarse a cuenta de los propietarios o pagando todos a través de los instrumentos fiscales? ¿ Y, si se deja en manos de los impuestos, siempre, por lo menos teóricamente, más equitativos y proporcionales, realmente cambios como los que se han producido en nuestro país hubiesen podido producirse? Desde luego que no. Por ello defendemos que ésta no es una decisión fácil pero que una u otra dirección, a nuestro juicio, y tal y como intentamos demostrar en el texto que sigue, es constitucional, recordando, eso sí, que la regulación del derecho de propiedad no es neutral ni inocente. La delimitación del derecho de propiedad supone optar por un sistema de desarrollo concreto en la que los que pagan son los propietarios y será constitucional mientras el contenido esencial del derecho de propiedad no quede del todo eliminado<sup>7</sup>. El resto, son opciones de política de desarrollo.

---

<sup>7</sup> También existe otro enfoque del dp que nosotros aquí eludimos ya que a lo que se refiere en realidad es a la

## 2. LOS ASPECTOS MEDIOAMBIENTALES Y LA PROPIEDAD PRIVADA.

Por otro lado tenemos la relevancia de la protección medioambiental a todos los niveles (institucional, normativo, político, jurisprudencial...) y de acuerdo con “el momento histórico actual” afecta sin lugar a dudas la noción que se pueda tener sobre la propiedad privada, una propiedad privada reconocida en la Constitución como institución, como derecho y además como derecho que incluye en su sí (como parte intrínseca de su contenido esencial (STC 37/1987)) una función social.<sup>8</sup> Ésta, a su vez, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, integra como una de sus funciones sociales la protección del medio ambiente. Es indudable que todo ello obliga a reflexionar sobre qué es y qué se entiende actualmente por el derecho de propiedad privada, un derecho que goza de la garantía del contenido esencial pero que a su vez está sometido a la cláusula de la función social. Un contenido esencial que debe definirse de acuerdo con la Constitución, pero también de acuerdo con factores externos, como puede ser el concepto que puedan tener los juristas del derecho de propiedad privada para que el tipo “sea reconocible”. Una propiedad privada que debe lograr unos objetivos, que tiene una serie de funciones, entre las cuales está proteger el medio ambiente. Todo ello lleva a que por lo menos deba reflexionarse de nuevo sobre que se entiende por propiedad privada, y en especial en relación a este nuevo elemento de ponderación: la protección del medio ambiente. ¿Cómo debe entenderse la propiedad privada actualmente? ¿Cómo debe definirse este *terrible derecho*<sup>8</sup> y quién debe hacerlo?<sup>9</sup>

---

incorporación de los derechos e intereses sociales en un país como Estados Unidos. Nos referimos a las teorías de Reich. Este autor propone en 1964 un nuevo concepto de propiedad --conocido por *the new property*-- que lleva a que los ciudadanos puedan exigir prestaciones al Estado en base a este derecho. A grandes rasgos la teoría se configura así: Si el Estado crea expectativas patrimoniales, a menudo basadas en la reciprocidad, éstas pueden convertirse en una especie de crédito frente al Estado para que cumpla con su obligación de ofrecer servicios propios del *welfare*. Esta teoría no ha calado en la jurisprudencia de la Corte Suprema americana que ha seguido estableciendo que el legislativo tiene total potestad para modificar las prestaciones de la seguridad social – si es que lo poco que existe en Estados Unidos se puede llamar así (C.H. Reich, “The New Property”, *The Yale Law Journal* 73 (1964): 733-ss).

<sup>8</sup> Stefano Rodota, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid: Civitas, 1986).

<sup>9</sup> “No ha habido ningún derecho que haya tenido tanta influencia en la génesis de la sociedad civil y del Estado constitucional como el derecho de propiedad. En el día de hoy la propiedad sigue siendo el centro de gravedad de nuestra organización social y política. De manera distinta pero no menos decisiva” (Pérez Royo, 1999: 537-538).

El derecho de propiedad privada es un derecho fundamental y como tal su contenido debe construirse a partir de la Constitución, del artículo 33 y de sus concordantes --y no, o no solamente, a partir del Código Civil, ni de las leyes especiales -- civiles o administrativas-- (Rey Martínez, 1994: 29-30<sup>10</sup>; y STC 37/1987, FJ 2). El artículo 53 de la Constitución establece una doble garantía respecto al derecho de propiedad: la reserva de ley y la necesidad de respeto de su contenido esencial. A efectos de establecer cuál debe ser la relación entre el medio ambiente y la propiedad privada, y como interviene el medio ambiente en la definición de propiedad privada, la presente investigación se centra en la segunda garantía, la necesidad de respeto de su contenido esencial, dirigida al legislador<sup>11</sup> respecto a la propiedad privada. /,

En definitiva, conviene responder a la pregunta de qué es el contenido esencial y de qué papel juega en la definición del derecho de propiedad en cuanto interviene el factor medio ambiente. Más teniendo en cuenta sistemas como el italiano en que no se reconoce expresamente esta garantía del contenido esencial para el derecho de propiedad. ¿Que no exista esta garantía significa que en Italia el legislador puede en cualquier momento redefinir el derecho de propiedad privada? Gran parte de la doctrina entiende que no. En Alemania en cambio sí existe esta garantía. Para responder a la pregunta de qué se entiende por contenido esencial la doctrina germánica ha utilizado diferentes tesis que pueden agruparse en dos grupos unas subjetivas y las otras objetivas<sup>12</sup>. En España, a pesar de que hay defensores de ambas posturas el Tribunal Constitucional se ha decantado por un sistema híbrido (STC 111/1983, FJ 8). //

Gran parte de la doctrina, así como el Tribunal Constitucional, sugiere que para determinar el contenido esencial del derecho de propiedad privada es preciso que se aborde su definición "tomando como punto de partida el análisis sistemático de la Constitución, complementándolo con aquellos datos, normativos y sociológico-políticos, más relevantes" (Pérez Luño, 1997: 516)<sup>13</sup>. Todo ello de acuerdo

---

<sup>10</sup> Fernando Rey Martínez, *La propiedad privada en la Constitución española* (Madrid: CEC, 1994).

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional desde un inicio ha establecido que la vinculación del contenido esencial de los derechos fundamentales se dirige y vincula sólo al legislador (STC 123/1983, FJ 3).

<sup>12</sup> J.C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid: CEC, 1994).

<sup>13</sup> A.E. Pérez Luño, "Artículo 33. Propiedad privada y herencia", vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios*

con el principio de proporcionalidad y teniendo en cuenta el límite del contenido esencial de los derechos fundamentales (Javier Jiménez Campo, 1999: 67)<sup>14</sup>. //

✦ En el presente texto van a definirse los criterios que permitan establecer a grandes rasgos una metodología para delimitar el contenido de la propiedad privada en general y el contenido esencial del derecho de propiedad privada cuando intervenga en la ponderación el factor medioambiental de acuerdo con el texto constitucional. Ello llevará a que indirectamente, y a efectos prácticos, se acabe respondiendo a la pregunta, sencilla pero relevante desde un punto de vista socioeconómico, de cuándo debe indemnizarse, en el caso de que se limite la propiedad privada por razones medioambientales, y cuándo no; cuándo estamos ante limitaciones de la propiedad privada que el particular debe soportar y cuándo no, o en otras palabras, lo que se pretende responder es: ¿quién debe pagar el coste de la protección medioambiental, o para ser más precisos, ¿quién debe pagar el precio del desarrollo sostenible? ¿Qué precio tiene ello para los propietarios? ¿Cómo debe redefinirse, si es que debe redefinirse, a raíz de la incidencia que pueda tener el medio ambiente en su seno? Para responder a estas cuestiones es preciso en primer término definir qué es la propiedad privada de acuerdo con la Constitución española y concretamente cuál es su contenido esencial. El objeto de estas líneas no es únicamente la protección del derecho de propiedad privada, de los propietarios y de sus intereses legítimos. Este escrito pretende encontrar los instrumentos legales que puedan garantizar una protección del medio ambiente justa en el marco del desarrollo sostenible en un sistema democrático partiendo de lo que se establece en el texto de la Constitución en relación a la propiedad privada. / /

### **3. ¿DEBE ESTUDIARSE LA PROPIEDAD PRIVADA DESDE EL ÁMBITO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL?**

La elección de analizar la propiedad privada “desde” el derecho constitucional, no es en absoluto

---

a la Constitución Española de 1978 (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997).

<sup>14</sup> Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Madrid: Editorial Trotta, 1999).

novedosa aunque si poco común y criticada por una parte de la doctrina. Discutir sobre si la propiedad privada debe estudiarse desde el derecho constitucional es caer en la división entre derecho privado y derecho publico, útil a efectos docentes pero del todo obsoleta para analizar una figura compleja como la propiedad privada. Por lo tanto se elude entrar en este tipo de discusiones y se defiende un estudio sobre la materia como el presente. Además, si lo hiciéramos entraríamos en conjunción con autores de la Escuela de Chicago, como Posner, de los cuales nos sentimos muy alejados en todos los sentidos.

En nuestro país , sin embargo el derecho de propiedad, en general, no se ha considerado parte del análisis del derecho constitucional básico por muchos autores. Pérez Royo por ejemplo manifiesta que “El estudio del estatuto jurídico de la propiedad privada no corresponde a un Curso de Derecho Constitucional, sino a uno de Derecho Civil. De ahí que nos vayamos a limitar al estudio del *reconocimiento constitucional* del derecho, que es lo único que realmente debe figurar en un Curso como éste.” (1999: 545)<sup>15</sup>. El autor a continuación realiza una brevísima explicación sobre lo que considera derecho de propiedad constitucional. Por otro lado, están todos los autores que se citan en el presente texto que consideran que sí, que el derecho de propiedad, debe examinarse desde la lógica constitucional. Con ellos coincidimos.

Asimismo creemos que la clásica escisión entre derecho privado y derecho público no es hoy ya del todo viable. El Tribunal Constitucional en la sentencia 37/1987, en el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de la Reforma Agraria de Andalucía en el fundamento jurídico segundo dispone que: “...la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide considerarla hoy como una figura reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el artículo 348 del Código Civil” (STC 37/1987, FJ 2). Por lo tanto, tales escisiones no son hoy ya tan claras.

A continuación presentamos un examen del derecho de propiedad actual que entendemos que debe ser conforme a la Constitución, al artículo 33 CE, y a otros elementos e intereses también constitucionales que forman parte de su contenido esencial y que lleva en muchos casos a que nos encontremos ante distintos estatutos sobre la propiedad privada. El derecho de propiedad no es neutral.

---

<sup>15</sup> J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* 6ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 1999).



El derecho de propiedad determina en muchos casos la redistribución de la riqueza de un país ; que no se hace ya solamente a través del sistema fiscal. Entender un tipo de desarrollo a partir de la regulación del derecho de propiedad es una opción política, quizás conflictiva, pero no por ello inconstitucionalidad. La delimitación de la propiedad, privada, fija una opción de políticas públicas. /f

## **CAPÍTULO PRIMERO:**

# **LA HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PODERES PÚBLICOS PARA DELIMITAR A LA PROPIEDAD PRIVADA: LA FUNCIÓN SOCIAL.**

## **I. EL COMPLEJO CONCEPTO Y LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL.**

### **1.1. ASPECTOS GENERALES.**

La Constitución no define la propiedad privada. El artículo 33 de la Constitución reconoce la propiedad privada, pero no la concreta, “seguramente porque no era ésta la tarea del constituyente” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1258)<sup>1</sup>. Para algunos autores, entre éstos Satrústegui y Pérez Luño, ello significa que no existe un concepto constitucional de propiedad (Satrústegui, 1997: 395<sup>2</sup> y Pérez Luño, 1997: 494<sup>3</sup>): “La Constitución no define la propiedad privada y no existe, por consiguiente

---

<sup>1</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

<sup>2</sup> Miguel Satrústegui, “Derechos de ámbito económico y social”, propiedad privada. 395-418 a L. López Guerra, et al., *Derecho Constitucional, vol. I* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997).

<sup>3</sup> Pérez Luño expone que el reconocimiento constitucional de la propiedad contenido en el artículo 33 no conlleva una definición precisa del derecho a la propiedad. A diferencia de cuanto sucede con otras figuras o instituciones, que son definidas en la propia Constitución, así, por ejemplo, la del Defensor del Pueblo (art. 54), la del Rey (art. 56) o la noción de Ley orgánica (art. 81), entre otras” (Pérez Luño, 1997: 494). Debe observarse, sin embargo, que Pérez Luño se refiere tan sólo a

un concepto constitucional de propiedad. Lo que hace el art. 33 de la CE es reconocer este derecho (apartado 1), y establecer, además, unas referencias para la ulterior delimitación de su contenido (apartado 2) así como algunas garantías frente a la intervención pública en este ámbito (apartado 3)” (Satrústegui, 1997: 395). Nosotros entendemos que el hecho de que no exista un concepto constitucional de propiedad no significa que no haya unas referencias constitucionales que guíen en la delimitación de su contenido. Concretamente el apartado 2 del art. 33 CE establece algunos criterios al respecto.

Satrústegui mantiene que el hecho de que se reconozca el derecho de propiedad en la Constitución indica que “la Constitución en realidad presupone un concepto de propiedad” (Satrústegui, 1997: 395). Ahora bien, que se presuponga un concepto de propiedad no debe interpretarse “como una manifestación de iusnaturalismo” (1997:365). Para este autor “El “reconocimiento” que lleva a cabo la Constitución significa más bien la acogida del modo de entender la propiedad históricamente prevaleciente, es decir, el aceptado por la cultura jurídica contemporánea. La recepción de un marco conceptual previo, poco determinado, es un expediente normal y característico del lenguaje normativo, y más en el caso de una norma tan concentrada y principal como la Constitución (Satrústegui, 1997: 395). La mayoría de autores defienden, con mayor o menor intensidad, que la Constitución reconoce un marco conceptual previo a la Constitución del derecho de propiedad. Lo que interesa dilucidar es pues, cuál es el alcance de ese marco conceptual previo y que aspectos corresponden sólo al pasado y cuáles deben añadirse teniendo en cuenta el texto constitucional. En otras palabras, se trata de descifrar cuál es el alcance de la tradición en la propiedad privada.

Como se verá en la jurisprudencia constitucional y ordinaria española se ha reconocido que existe un concepto de propiedad privada previo a la Constitución, “un uso tradicional de la propiedad”; pero ese concepto en la gran mayoría de casos, y sobre todo a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988 sobre la Ley de Aguas Estatal de 2 de agosto de 1985 se considera como complementario a la definición real que se extrae de la Constitución. Por ello aquí no podemos compartir la afirmación de Pérez Luño – que más adelante el también matiza— que expresa que “la

---

figuras e instituciones que no son ni reconocen derechos; por ello no sorprende que otro autor como Díez-Pi cazo lo entienda de otra manera.

propiedad como gran parte de los derechos reconocidos en el título I, referido a los derechos y deberes fundamentales, se considera un concepto previo a la Constitución, a la que ésta sin embargo, intenta otorgar unos rasgos informadores propios” (Pérez Luño, 1997: 494). En el presente texto defendemos que la Constitución incluye un concepto de propiedad tan amplio y nuevo, que una vez matizada la actuación del legislador por el Tribunal Constitucional respecto el derecho de propiedad privada, queda muy lejos ya el concepto tradicional de propiedad. La Constitución incluye un concepto de propiedad privada tan nuevo que su delimitación hoy poco tiene que ver ya con el concepto tradicional y liberal de la propiedad privada.

## **1. 2. PROPIEDAD CONSTITUCIONAL V. PROPIEDAD “TRADICIONAL” Y V. PROPIEDAD “CIVIL”.**

† (i) *El carácter histórico de la propiedad privada.*

El concepto de propiedad privada es el producto de una evolución histórica (Díez- Picazo y Ponce de León, 1991: 1259)<sup>4</sup>. La primera dificultad que entraña el examen de la noción de propiedad viene determinada por su carácter histórico. “Concebir la propiedad en términos abstractos e intemporales es una ficción” (Pérez Luño, 1997: 494)<sup>5</sup>. Díez Picazo y Satrústegui apuntan que el derecho de propiedad nunca fue ilimitado, ni siquiera en el derecho recogido en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La Declaración por un lado concebí a la propiedad como un derecho “inviolable y sagrado” y por otro, disponía que ésta debía ceder ante el interés público (art. 17). El modelo liberal originario, es el que el constitucionalismo posterior ha consolidado. Este modelo a pesar de la exigencia de una indemnización justa, supone un límite exorbitante dentro de la configuración jurídica de los derechos fundamentales. Hoy, la singular “debilidad” del derecho de propiedad, resulta

---

<sup>4</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín- Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

<sup>5</sup> A.E. Pérez Luño, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997).

acentuada por la concepción, procedente de la doctrina social de la Iglesia, que entiende la función de la propiedad, no sólo desde la perspectiva de los intereses particulares del propietario, sino del interés general. En otras palabras, se trata de la teoría de la función social de la propiedad, acogida por el art. 33.2 de la CE, que puede justificar restricciones al poder del propietario en el uso o disposición de los bienes (Satrústegui, 1997: 396). Díez- Picazo precisa que el concepto de propiedad privada, que España acogió en la codificación, no tenía ya mucho que ver con el llamado concepto quiritarario, aunque otra cosa a veces se diga, y es más bien el resultado de la revolución liberal (1991: 1259).

En origen la doctrina italiana<sup>6</sup>, y mas tarde española, relativiza asimismo el perfil de la propiedad. Esta interpretación disuelve la unidad misma de esta institución sustituyéndola por un pluralismo de propiedades o de “estatutos propietarios. El Tribunal Constitucional español se adhiere a esta doctrina. Para Satrústegui este punto de vista responde a la “creciente diversificación del régimen legal de la propiedad, según la naturaleza de los bienes (materiales, inmateriales, muebles, inmuebles, urbanos, rústicos, etc.) sobre los que recae. Su diferente función social justificaría en efecto, el establecimiento de catálogos específicos de cargas y deberes, integrantes de los diversos “estatutos propietarios” ” (Satrústegui, 1997: 396). Así pues, del texto de Satrústegui se desprende que además de existir distintos tipos de propiedad privada de acuerdo con la naturaleza de los bienes, existen también diferentes formas de entender la función social de acuerdo también con la naturaleza de los bienes y de su situación histórica. Y así se incardina el derecho de propiedad en la estructura del Estado Social que a nuestro entender es quizás, o debería ser, la más relevante. Establecer cuál debe ser el nuevo ámbito de vigencia del derecho de propiedad, así como determinar como debe entenderse este derecho de acuerdo con la Constitución es quizás una de las claves del derecho que permitirá delimitar otros derechos e intereses, como puede ser el medio ambiente.

El Tribunal Constitucional español sigue esta configuración doctrinal del derecho de propiedad (que entiende que existe un pluralismo de propiedades o de estatutos propietarios) a partir sobre todo de lo que fue el caso conocido como el caso de la *Ley andaluza de Reforma Agraria* (STC 37/1987). En la sentencia el Alto Tribunal proclama que “la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de

---

<sup>6</sup> Vid.: Stefano Rodota, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid: Civitas, 1986).

este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien” (STC 37/1987). El Tribunal Constitucional además reconoce también “la transformación profunda” que ha experimentado la propiedad en nuestro siglo, lo que determina la imposibilidad de reconducir la institución al modelo del Código Civil y la necesidad de admitir “la existencia de diferentes tipos de propiedades, dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes”. Es a partir de estas premisas como han de considerarse los problemas concretos que plantea el régimen constitucional de la propiedad” (STC 37/1987, FJ 2).

La mayoría de autores entienden que existe un rasgo común entre las distintas propiedades históricas que permite seguir identificando un núcleo central del derecho de propiedad en cualquier momento histórico. Pérez Luño escribe que el sentido cambiante de la propiedad no ha sido obstáculo para determinar que existen ciertos rasgos genéricos que sirven de hilo conductor para seguir las vicisitudes de su formación histórica (1997: 495). Así, Ruiz Giménez afirma que en todos los pueblos y en todos los tiempos se encuentran propiedades colectivas de carácter público o de carácter privado junto a propiedades estrictamente individuales, no sólo de bienes de consumo, sino también de mayor o menor escala de bienes de producción. Además, en todas las latitudes y en todas las épocas se admite, con desigual intensidad o alcance, una función reguladora del poder público sobre el reparto y el uso de las cosas (1962: 139)<sup>7</sup>. El carácter multiforme de la propiedad y la necesidad de ligarla en cada etapa con las circunstancias que han contribuido a delimitar su significación, la necesaria contextualización del derecho de propiedad no excluye que se den en su evolución unas constantes que justifican su continuidad temática (Pérez Luño, 1997: 495).

*(ii) El concepto liberal-individualista de la propiedad privada.*

La concepción liberal del derecho de propiedad se concibe a lo largo del siglo XVII y tiene en Locke a su máximo exponente. Como es sabido, para Locke el derecho de propiedad privada constituye una proyección de la propia personalidad del individuo. Por ello, y de acuerdo con Locke, la propiedad privada debe ser reconocida, desde un punto de vista jurídico, como un atributo esencial

---

<sup>7</sup> J. Ruiz Jiménez, *La propiedad. Sus problemas y su función social. Volumen II* (Salamanca-Madrid, 1962).

del ser humano calificando así a la propiedad privada de derecho natural, que por lo tanto será previo y anterior al Estado. Según Locke el Estado surge para garantizar el disfrute pacífico del mencionado derecho. La propiedad, en la época liberal, es condición indispensable para que el individuo disfrute de su libertad y pueda desarrollarse plenamente como persona, propiedad y libertad se equiparan. Así, la autonomía plena se entiende que sólo se consigue si se poseen bienes y el resultado a todo ello implica que el derecho de propiedad se entiende como exclusivo del titular, ensalzando así el individualismo de éste (Pérez Luño, 1995: 384-ss y 406-ss)<sup>8</sup>.

Esta equiparación --entre derecho de propiedad y las cosas o bienes que integran su objeto-- parte del triunfo de la revolución burguesa. Con ella el Estado se convierte en garante del derecho de propiedad pleno e ilimitado sobre las cosas. De tal modo que la garantía estatal cada vez hace más borrosa la distinción entre el derecho y los bienes, o si se quiere, esconde el derecho tras las cosas. Por ello, en el lenguaje común, la propiedad aparece identificada con los bienes susceptibles de apropiación y tráfico económico (Pérez Luño, 1997: 495-496).

*(iii) La codificación del derecho de propiedad.*

El Código Civil francés, el napoleónico, define la propiedad como “el derecho de gozar y disponer de los bienes de la manera más absoluta” (1991: 1259). En cambio el español es un Código “de un liberalismo más templado”. Éste suprimió la referencia a “la manera más absoluta” definiendo la propiedad como el derecho de gozar y disponer sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. El carácter absoluto del goce resulta implícito y se deduce del carácter excepcional de las limitaciones, respecto de las cuales el artículo 348 Código Civil contenía una expresa reserva de ley que doctrina y jurisprudencia entendieron muy generosamente con referencia a la legalidad o a la legislación, lo que permitió incluir a los reglamentos” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1259). Hoy, el derecho de propiedad no puede reconducirse ya al tipo descrito en el Código Civil (STC 37/1987, FJ 2).

---

<sup>8</sup> A.E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid, 1995).

*(iv) El capitalismo "maduro" y la pluralidad de propiedades.*

En nuestro siglo, y particularmente en las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el problema de la propiedad ha pasado a integrar una de las materias constitutivas del orden económico jurídico, configuradoras de la denominada <<Constitución económica>> (*Wirtschaftsverfassung*). Recientemente la tesis de la pluralidad de propiedades o de los estatutos de propiedad ha sido mayoritariamente aceptada (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1259). Entre las circunstancias que han motivado la nueva situación, puede señalarse como fundamental el hecho de que en el capitalismo maduro la propiedad tiene por objeto, más que cosas o bienes genéricos la renta. La propiedad se configura, en el capitalismo maduro, como un <<derecho a la apropiación del trabajo ajeno>> (Clavero, 1989)<sup>9</sup> o si se quiere, como la expectativa a percibir una renta por la participación de las grandes empresas que protagonizan el proceso económico (Pérez Luño, 1997: 496). Pérez Luño escribe el valor que pueden tener actualmente las empresas reside más en su capacidad de producir renta, que no en sus inmuebles o en sus stocks materiales. Y es así ya que actualmente se negocia con bienes como son el *know-how*, una cartera de clientes o una red de distribución. A menudo ello es mucho más valioso que los posibles inmuebles que pueda tener una sociedad.

*(v) Antecedentes históricos en el constitucionalismo español.*

El derecho de propiedad siempre se ha regulado en las constituciones españolas. La propiedad aparece solemnemente consagrada como derecho fundamental, desde la propia génesis de nuestra historia constitucional (Pérez Luño, 1997: 499). La Constitución de Cádiz (1812) en su artículo 4 establece que "La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen". El Estado aparece entonces como garante del derecho de propiedad y ésta a su vez ésta es garante de la libertad individual. El derecho de propiedad es un derecho innato, atributo esencial de la personalidad humana. "simbiosis entre libertad y propiedad. Este es pues, un derecho de propiedad que recibe una clara

---

<sup>9</sup> B. Clavero, "Revolución y codificación" *Revista del CEC* 3 (1989) 367-ss.



influencia iusnaturalismo racionalista francés.

Las Constituciones de 1837 y de 1845 en su artículo 10 disponen: “No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización”. La Constitución 1869 en su preparación se afirmó como rasgo definitorio del texto su carácter social. En cambio, y finalmente, en la reglamentación de sus art. 13 y 14 refuerza la garantía de su interés individual mediante la tutela de los tribunales de justicia de las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad.

El Proyecto de la Constitución Federal de la República Española de 1873 reza: “Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales”. Y en el apartado 6 incluye: “el derecho de propiedad, sin facultad de vinculación ni amortización”. El título concluye con la rotunda afirmación de que estos derechos “son anteriores y superiores a toda legislación positiva”. En cambio, el Proyecto de 1873 reproducía, a pesar de su tendencia ideológica casi contraria, en sus art. 15 y 16 los artículos 13 y 14 de la Constitución de 1869.

Tras la Restauración y con la Constitución de 1876 se reiteran las garantías del derecho de propiedad sin cambios relevantes. El artículo 10 dispone que “No se impondrán jamás la pena de confiscación de bienes y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediere este requisito, los jueces ampararán, y en su caso reintegrarán, en la posesión al expropiado”.

La Constitución de la Segunda República de 1931, influida por la mexicana de 1917 y por la de Weimar de 1919, fue, a juicio de Pérez Luño, un texto social técnicamente avanzado para su tiempo. Sus redactores fueron conscientes del nuevo horizonte sobre el que debía situarse el derecho de propiedad; “derecho que deja de ser considerado como un reducto exclusivo del individuo para sumir el papel de núcleo referencial en el que convergen intereses múltiples, que se pretende encuentren un criterio de orientación y equilibrio en la normativa constitucional” (Pérez Luño, 1997: 500). El artículo 44 de la Constitución de 1931 dispone que: “Toda la riqueza del país, sea quien fuera su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Con los

mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada...”. Esta redacción exaltó realmente los ánimos ya que como se habrá observado establecía que si las Cortes lo permitían podía no otorgarse la indemnización. Es decir, en determinados supuestos la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad podía verse eliminada. Bien, esto de la perspectiva actual. Entonces, quizás podía defenderse que el contenido esencial del derecho de propiedad consistía en que éste no te sería amputado a menos que concurriesen las garantías establecidas en la Constitución, como lo era, la exigencia de mayoría absoluta de las Cortes para no otorgar indemnización.

Con la Dictadura del General Franco las Leyes fundamentales posteriores a 1936 también delimitaron el contenido del derecho de propiedad. Un derecho que seguía sometido al interés general, y un interés general que entonces correspondía a la ideología de un régimen absolutista y paternalista. En estos tiempos calaron también las doctrinas sobre la función social, una función social que se sometía a los intereses del régimen. Durante la dictadura pues la garantía de la propiedad privada vuelve a debilitarse: La propiedad sólo “garantiza” – si es que se le puede llamar así - a base de proclamaciones, como todo. No existe reserva de ley, y se limita la protección a los supuestos expropiatorios. Durante el régimen franquista el Estado carente de legitimación democrática, se atribuye la interpretación exclusiva del interés nacional, al que queda subordinada la propiedad, con la consiguiente quiebra de su garantía (Pérez Luño, 1997: 501).

Entonces, la Declaración XII del Fuero del Trabajo de 1938 dispone que: “El Estado reconoce y ampara la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales”.. quedando sin embargo subordinadas todas las formas de propiedad “al interés supremo de la nación, cuyo interprete es el Estado...[quien] “asume la tarea de multiplicar y hacer asequibles a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana”. El Fuero de lo Españoles de 1945 otorga al derecho de propiedad un reconocimiento similar al Fuero de 1938. La Ley de Principios del Movimiento Nacional también y así en el Principio X reconoce “la propiedad privada en todas sus formas como derecho condicionado a su función social”. Este régimen, régimen de propiedad, duró cuarenta años también y no fue modificado hasta que se aprobó la Constitución de 1978.

*(vi) El proceso constituyente: los debates parlamentarios sobre propiedad privada.*

En los debates parlamentarios fueron escasas las modificaciones que prosperaron tras los debates de las Cámaras. El artículo 29 del Anteproyecto disponía: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Ningún español podrá ser privado de sus bienes excepto por causa justificada de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes” (Comisión Constitucional del Congreso, 1978: 674)<sup>10</sup>.

En el Anteproyecto pues, en ningún momento se pretende volver pues, a la redacción de la Constitución de la República de 1931 que establecía que en determinados casos y si mediaba al mayoría absoluta de las Cortes la propiedad privada podía expropiarse sin indemnización. Entre los votos particulares de la Ponencia en la que se debate el Anteproyecto cabe destacar: El del Grupo Comunista, que pretendía sustituir, en el párrafo tercero, “previa” por “mediante”. El del Grupo Socialista, que coincidía con la propuesta del grupo comunista y además proponía un texto alternativo. En la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso (1978: 2626-2627)<sup>11</sup>, se produjo el cambio de “previa”, por “mediante”, de acuerdo con lo que habían propuesto en la Ponencia estos dos grupos de izquierdas a pesar de la oposición del Grupo de Alianza Popular, que entendían que si la indemnización no era previa se producía una confiscación, en vez de una indemnización.

Para el Grupo Socialista el texto aprobado supuso una desmitificación y desacralización de la propiedad privada, cuyo contenido pasaba a ser delimitado por las leyes a tenor del principio de función social. En palabras del portavoz del Grupo, Fajardo Spínola, hubo una positivización de la propiedad privada (Pérez Luño, 1997: 508). Vista la historia, realmente lo era. UCD en cambio destacó el equilibrio que existía en el precepto entre lo público y lo privado. El Grupo Mixto pretendía a

---

<sup>10</sup> Comisión Constitucional del Congreso, Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso. Núm 55. 5 de enero de 1978 (Madrid: BOC, 1978).

<sup>11</sup> Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, *Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso*. Núm. 121. 1 de julio de 1978 (Madrid: BOC, 1978).

consagrar la figura de la expropiación-sanción, de las conductas que implicaran un abuso del derecho de propiedad privada, pero no prosperó.

En el Senado se volvió a discutir sobre el carácter previo o inmediato de la expropiación de la propiedad privada. En cambio la propiedad privada nunca fue definida, ni se discutió sobre ello. Finalmente, la propiedad privada no quedó definida en la Constitución. Tampoco era esa, a juicio del profesor Díez-Picazo, tarea del constituyente (1991). En el Senado si que se introdujeron dos modificaciones en el apartado tercero que fueron aceptadas: se añadió la expresión “derechos” tras el término “bienes”, y se sustituyó la expresión “ningún español” por “nadie” (Pérez Luño, 1997: 506-508). En definitiva, la redacción del derecho de propiedad no fue todo lo conflictiva que podía esperarse y acabó, como toda la Constitución, en un acuerdo bastante razonable y conforme a las líneas teóricas que estaban calando en otros países y en especial siguió el modelo alemán, que también le reconoce un contenido esencial así como establece la función social de la propiedad como parte integrante de ésta.

*(vii) La propiedad privada en la constitución española de 1978. Ausencia de definición y delimitación de la propiedad por parte de ésta.*

El derecho de propiedad no se definió en la Constitución de 1978. La Constitución española no define el concepto de propiedad privada ni en que consiste este derecho. Parte de la doctrina ha querido entender que no existe por ello un concepto constitucional del derecho de propiedad. Nosotros defendemos lo contrario, y más si tenemos en cuenta que el artículo 53 CE dispone que en todo caso, el legislador, debe respetar su contenido esencial. Incluso en Italia, en que no existe esta garantía, gran parte de la doctrina defiende que la Constitución define indirectamente también la propiedad privada. En España pues, el derecho de propiedad viene definido por lo que dispone la Constitución. La inclusión del derecho de propiedad en la Constitución ha supuesto una positivización constitucional del derecho de propiedad. Si a ello añadimos que la Constitución de 1978 que proclama un Estado, Social, Democrático y de Derecho que a su vez reconoce una serie de derechos fundamentales con un grado de protección diverso debe concluirse que la propiedad debe adaptarse a este nuevo concepto de Estado, de sociedad, que en sus normas debe adecuarse a lo que la Constitución disponga. La propiedad privada hoy se encuentra entre los derechos fundamentales que gozan de una protección menor, pero no por ello, entendemos, que deje de ser un derecho fundamental.

La Constitución de 1978 no define la propiedad privada pero sí establece una serie de mínimos, de criterios, que delimitaran en contenido de propiedad privada. Todo ello será analizado a continuación.

*(viii) El concepto de propiedad privada actual no puede reconducirse únicamente a la definición de propiedad privada que recoge el Código civil.*

A partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 sobre la Ley del Parlamento de Andalucía núm. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria el Tribunal empieza a defender un nuevo concepto de propiedad. En esta decisión primero se reconoce que existe un contenido esencial del derecho de propiedad y que éste debe ser definido por el legislador – pudiendo el Tribunal Constitucional corregir tal delimitación: “habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada” [...] “entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable” (STC 37/1987).

El Tribunal Constitucional determina que existe un nuevo concepto de propiedad privada y que este no es el que recoge el Código Civil: “La propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato de inconstitucionalidad. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae” (STC 37/1987).

En esta temprana sentencia el Tribunal Constitucional expresa que en lo que concierne a la restricción o moralización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos al titular, la transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas. Hoy sabemos que las restricciones dominicales se han impuesto con igual o mayor intensidad en muchos otros tipos de propiedad como puede ser los derechos dominicales sobre bienes de dominio público o las que se han aplicado sobre las propiedades ubicadas en los terrenos que pasan a ser parques naturales.

En 1987 es cuando el Tribunal Constitucional afirma que la propiedad privada no es la propiedad privada del Código Civil, y a partir de esta sentencia – STC 37/1987—asi todas las decisiones repiten lo mismo. “Por ello, y aunque nuestro Texto constitucional no contenga ninguna previsión específica en relación con la propiedad agraria, al contrario de lo que ocurre con otros tipos de bienes inmuebles o recursos naturales (artículos 45 y 47), debe rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su art. 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada, en general, y de la propiedad agraria, en particular (STC 37/1987). El Tribunal Constitucional realiza esta afirmación y en cuanto a la tradición de la propiedad agraria apunta que el legislador ya desde 1973 estaba consolidando la idea de que la propiedad agraria debía atender a la función social. Ejemplo de ello lo era la Ley, anterior a la Constitución, de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973. En cuanto a los derechos dominicales sobre bienes de dominio público un año más tarde el Tribunal Constitucional expresa de nuevo que la propiedad hoy no es la propiedad que recoge el Código Civil y que si miramos a la tradición, a criterios históricos, esta nunca ha sido ilimitada, por lo menos por lo que respecta a los derechos dominicales sobre el agua. La Ley decimonónica establecía que el agua de regadío sobrante pasaba a ser dominio público (STC 227/1988).

(ix) *Crítica a la concepción liberal del derecho de propiedad.*

La concepción liberal del derecho de propiedad es criticada sobre todo desde posturas doctrinales socialistas. Éstas entienden que el hecho de que la propiedad empieza a basarse también y en especial en el trabajo ajeno impide que la propiedad pueda comprenderse tan sólo como un derecho exclusivo, ya que si no se está negando a muchas personas el derecho de acceder a unos bienes que pueden colmar sus necesidades. A ello “los clásicos del movimiento liberal”, como los denomina Pérez Luño responden que “la justificación de la propiedad privada por el trabajo no reemplaza, sino que para ellos se añade a las tesis del iusnaturalismo tradicional que legitima tal derecho como instrumento para remediar las necesidades humanas” (Pérez Luño, 1997: 497)<sup>12</sup>. Para estos autores existe una doble legitimación del derecho de propiedad. Ahora bien, ello se contradice en sí mismo si se tiene en cuenta que no es aplicable cuando se trata de trabajo ajeno. Ya que ellos creen que lo importante es el pleno disfrute del trabajo propio (Pérez Luño, 1997: 496-498).

Por otro lado están los defensores de la nueva propiedad que en Estados Unidos ha tenido un peso importante. La nueva propiedad, puntualizamos se ha defendido desde posturas muy diversas, algunas muy progresistas y otras muy a la derecha. Aquí tan sólo exponemos que existe un nuevo criterio legitimador, liberal – a juicio de Pérez Luño (1997: 496-498)-- respecto el derecho de propiedad: “Por ello se ha indicado, en forma de propuesta alternativa, que en la actualidad se puede legitimar el derecho de propiedad privada en cuanto sea entendido como un derecho fundamental a no ser excluido del bienestar económico alcanzado por la sociedad en su conjunto; pero no si se lo concibe como un derecho individual a excluir a los demás del acceso a los medios de producción y a los principales recursos naturales” escribe Pérez Luño (1997: 495-496) citando a su vez a Macpherson (1978: 206-207)<sup>13</sup>. Lo que describe Pérez Luño es el concepto de la nueva propiedad – *the new property*-- tan debatido en Estados Unidos. Aquí no nos detendremos en ello de momento tan sólo queremos recordar que este ha sido un concepto utilizado por muchos autores y que unos lo han defendido desde posturas

---

<sup>12</sup> A.E. Pérez Luño, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997).

<sup>13</sup> C.B. Macpherson, “Liberat-Democracy and Property”, propiedad privada. 206-207 en C.B. Macpherson (coord.), *Property* (Oxford: Oxford University Press, 1978).

de izquierda, exigiendo que se les otorgue la parte que les toca del *welfare*; y otros desde posturas de derechas, que es el caso de los gobiernos republicanos que ofrecen a los ciudadanos “tiquets” para escuelas que los padres de los niños y niñas pueden intercambiar, gastar o vender a su gusto, pueden hacer todo esto y más con la educación de sus hijos o con los vales de comida. Cuando entremos en la el derecho de propiedad en Estados Unidos describiremos con más detalle toda esta doctrina.

Continuando con Pérez Luño éste expone que en este sentido se invierten los términos del principio legitimador, que pasa de ser un derecho a excluir, en términos de libertad individual, a convertirse en un “derecho a no ser excluido, como derecho fundamental de contenido social y económico” (Pérez Luño, 1997: 497-498). Esta nueva concepción supone “en parte una actualización de las ideas iusnaturalistas y asimismo podría ser una interpretación en sentido democrático de las posturas de los clásicos liberales” (Pérez Luño, 1997: 498). Por ello esta propuesta alternativa, liberal, no incide en la exclusividad del uso y disfrute de los bienes de consumo pero sí que cuestiona la legitimidad de un aprovechamiento excluyente de los bienes que por su relevancia, ya sea social o económica, obstaculicen la participación de todos los ciudadanos en el bienestar. Este nuevo criterio legitimador, en parte liberal, podría ser muy útil en los países de economía de mercado dónde el régimen de propiedad ha sufrido importantes cambios (Pérez Luño, 1997: 498). Como ya hemos apuntado estas posturas hoy no nos parecen óptimas porque se han pervertido ya.

*(x) La actual devaluación de la garantía constitucional dominical. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.*

El rechazo a una propiedad privada, absoluta, liberal y excluyente es una cuestión que ha calado en la mayoría de la doctrina inicial que analiza el contenido de la propiedad privada constitucional. A partir de la Constitución de 1978, en España, así como en muchos otros países con textos similares, se ha querido dejar muy claro que la propiedad privada ya no es una propiedad privada liberal e infinita. Con el texto constitucional se pasa a un nuevo concepto de propiedad. Reflejo de ello lo son las sentencias del Tribunal Constitucional que tratan sobre la propiedad privada. La propiedad, afirma el Alto Tribunal desde un inicio, ya no es infinita, es constitucional, tiene una función social, intrínseca, pero no por ello deja de ser un derecho (STC 37/1987). A partir de la jurisprudencia constitucional, y gracias también y a raíz del trabajo del legislador, en España se ha producido una revolución silenciosa respecto la noción de propiedad dando lugar a decisiones cruciales (y extensas por cierto) como lo



fueron la de la Reforma Agraria Andaluza (STC 37/1987), la de la Ley de Costas (STC 149/1991) y la de la Ley de Aguas (STC 227/1988). Con estas sentencias y con el trabajo del legislador aparece un nuevo concepto de propiedad, que ya estaba latente en la Constitución, pero que fueron necesarias para que realmente se produjera esa transformación en la noción de propiedad privada.

Estas decisiones han llevado a que algunos autores, y en concreto Fernando Rey (2000: 1)<sup>14</sup>, afirmen que la jurisprudencia constitucional está marcada por un intenso signo devaluador de la garantía dominical. Ésta tesis se basa también en las decisiones constitucionales sobre el asunto RUMASA (STC 111/1983, 166/1986, 67/1988 y 6/1991). El presente texto entiende que las sentencias sobre el caso RUMASA no fueron en absoluto “revolucionarias” y ni siquiera oportunas desde el punto de vista del análisis jurídico. El “problema Rumasa” sobre todo giraba alrededor del tema del procedimiento expropiatorio, la reserva de ley respecto a este y la expropiación a través de una ley singular. Por ello exponemos que, a pesar de que comprendemos que estos casos afectaron profundamente la propiedad privada, su concepción, y que supusieron una devaluación de las garantías de la propiedad privada --y también de la tutela judicial efectiva-- consideramos más oportuno referirnos a ellos en otro apartado: el de la expropiación. La razón, por la que se elude ahora los asuntos Rumasa es que éstos fueron tan excepcionales y únicos que no creemos que formen parte del análisis del concepto de propiedad privada. Aquí sostenemos que es más útil estudiar esa devaluación, en el caso que concluyamos que la hay, desde otros casos, menos excepcionales pero igual de relevantes, como lo fue el de la creación del Parque Regional de la Cuenca del Manzanares (STC 170/1989) o el de la primera Ley del Suelo (STC 61/1997).

Por otro lado, coincidimos con F. Rey cuando afirma que: “El factor más general de la jurisprudencia devaluadora de la propiedad privada constitucional lo constituye el arraigo que en nuestra cultura jurídica posee la concepción de propiedad, prototípicamente la urbana, como un derecho de exclusiva configuración legislativa, ante el que la Constitución poco o nada tendría que decir, salvo respecto a la última barrera, la expropiación” (Rey, 2000: 1) . No creemos que el derecho de propiedad sea un derecho de configuración legislativa y que no haya una base definida por la

---

<sup>14</sup> Fernando Rey Martínez, “Derecho de propiedad privada”, (Documento policopiado, Madrid, 2000).

Constitución. No aceptamos que la Constitución no haya dicho absolutamente nada respecto la propiedad privada. Las tesis contrarias a la nuestra se basan en el hecho de considerar de manera excesivamente amplia a la función social de la propiedad privada. Sin lugar a dudas la función social juega un papel importante, delimitador e intrínseco del derecho de propiedad privada, pero ello no quiere decir que la garantía, el derecho de propiedad privada sea sólo de configuración legal. Existe una base constitucional respecto el derecho de propiedad, respecto cualquier derecho fundamental que en absoluto se puede olvidar (STC 37/1987).

Fernando Rey escribe que los autores que defienden que la propiedad privada es un derecho de configuración legal afirman que la propiedad no es en rigor un derecho fundamental sino a lo sumo una simple especificación en el ámbito del derecho patrimonial del principio de legalidad administrativa (1994: XXX). Para ellos el reconocimiento constitucional de la propiedad privada sólo significa una remisión al legislador ordinario para que éste determine por completo su estatuto jurídico respecto cada tipo de bien, con atención preferente a su función social. La propiedad privada concluye Rey en una obra posterior, para estos autores, “no tendría apenas contenido oponible frente a los poderes públicos” (2000: 1). Todo ello nos parece exagerado. La jurisprudencia constitucional de hecho no está tan lejos de este tipo de razonamientos y hasta ahora en casi ningún caso ha considerado que se haya violado el derecho de propiedad --un derecho por otro parte no defendible a través del recurso de amparo. Por su parte el Tribunal Supremo apunta, en otra sintonía, que el artículo 33 de la Constitución no añade apenas nada a la interpretación anterior del derecho de propiedad, que ya había transformado la concepción dominical civilista.

En conclusión, lo que ocurre, como apunta Rey (2000: 2), es que en la doctrina española existe, ha existido, mantenemos nosotros, una escisión entre una interpretación clásica “privada” de la propiedad que sigue referenciando en el Código Civil el régimen fundamental dominical y otra administrativista, urbanística o pública de la propiedad. Ambas interpretaciones sitúan a la propiedad al margen de la Constitución. Ni una ni la otra las consideramos ni oportunas ni completas ni del todo incorrectas. La propiedad privada, su análisis, no se puede desgranar, si se puede deconstruir, para su estudio, pero no “descuartizar”. Además la propiedad, como se demostrará aquí, no puede estudiarse como una figura, un derecho, ajeno a la Constitución.

Hoy existe un nuevo concepto de propiedad que parte de un concepto tradicional de propiedad, pero esa tradición, como apunta Díez-Picazo no puede constreñir el concepto constitucional de

propiedad privada: “La Constitución toma prestados conceptos preexistentes en la teoría y en el metalenguaje de los juristas; o, si se prefiere decirlo de otro modo, los toma prestados del acervo de su promulgación. Esto no significa, por supuesto, que tales conceptos queden cristalizados, esclerotizados o imposibilitados de evolución. Los conceptos que la Constitución recibe, y las instituciones que reconoce y garantiza, son básicamente de configuración legislativa. El problema radica – y sobre ello volveré más adelante – en saber cuáles pueden ser los límites de la acción legislativa de esta evolución” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1258-1259)<sup>15</sup>.

Para Pérez Luño<sup>16</sup> el punto de partida para el estudio del precepto debe ser establecer el ámbito significativo al que aluden las referencias constitucionales a la propiedad, “ello implica, quiérase o no, una precisión conceptual que, tratándose del derecho de propiedad, resulta siempre ardua” (Pérez Luño, 1997: 494). En definitiva lo que destaca Pérez Luño es que para definir el concepto de propiedad privada debe partirse en primer término de lo que disponga la Constitución con lo cual coincidimos. También estamos de acuerdo con Pérez Luño cuando afirma que la noción propiedad privada “en la mayor parte de ocasiones” tiene un “trasfondo ideológico” (Pérez Luño, 1997: 496). El autor considera que “la propiedad es un concepto controvertido porque aparece estrechamente ligado a las existencias o intereses de la sociedad o de quienes en ella detentan el poder. De ahí que exija siempre recurrir a un determinado aparato legitimador” (Pérez Luño, 1997: 496).

No acabamos de coincidir, sin embargo, con la crítica que realizan Macpherson y Pérez Luño sobre las posibles estrategias de la “justificación” de la propiedad: “Se ha indicado certeramente que la propiedad no es un derecho porque se halle garantizado coactivamente por el poder, sino que se halla garantizada porque se cree o se hace creer que es un derecho humano. Por eso, todo sistema jurídico positivo de propiedad apela para su justificación determinados imperativos éticos (Macpherson, 1978: 11)<sup>17</sup>” (Pérez Luño, 1997: 496). Para ambos autores la propiedad se ha presentado como, en palabras

---

<sup>15</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

<sup>16</sup> A.E. Pérez Luño, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997).

<sup>17</sup> C.B. Macpherson, “The Meaning of Property”, propiedad privada. 3- ss en C.B. Macpherson (coord.), *Property* (Oxford: Oxford University Press, 1978).

de Pérez Luño, “un producto de exigencias de la propia naturaleza humana, por ello se conecta con el devenir histórico del Derecho natural”. “Ahora bien”, añade el autor, “si puede admitirse un acuerdo de principio en los autores más representativos del pensamiento jurídico y político sobre el carácter básico de la propiedad como instrumento para satisfacer necesidades de la vida humana, se da notable disparidad de criterios sobre el tipo de propiedad más apto para satisfacer esa exigencia humana <<natural>>” (1997: 496).

Nosotros opinamos que si la Constitución no definió la propiedad privada fue porque no quería entrar en política, por lo menos respecto a esta figura. Así nos parece que atribuir al derecho de propiedad privada que recoge la Constitución un significado liberal o social-democrático es entrar en política. La Constitución no definió la propiedad porque tan sólo quería determinar unos mínimos, unos criterios básicos, que deben ser respetados por el legislador, que lo constriñe, y garantizar unos derechos e intereses, también mínimos a las personas. Por lo demás, la Constitución “*didn't want to be that specific*”. Entrar en detalles, y ponerlo en boca de la Constitución sería politizar la Constitución. Y, como es sabido, ni la Constitución ni el Tribunal Constitucional tratan sobre *political questions*. El presente texto tratará solamente, o por lo menos lo intentará, de cuestiones jurídicas.

Pero, a pesar de que queramos creer que la Constitución no está politizada, como indica Pérez Luño, el artículo 33 de la Constitución española “refleja la inspiración de aquellos textos constitucionales con los que el nuestro guarda mayor afinidad política” (1997: 504). Dentro de ellos, destaca los países que guardan con el nuestro una afinidad geográfica e histórica como lo son Francia, Italia y Alemania.

*(xi) Análisis literal de la definición constitucional de propiedad privada.*

Existe un sector doctrinal que defiende que el hecho de que el artículo 33 establezca: “se reconoce” “garantizan y protegen”, en presente, en vez de utilizar el futuro, quiere decir que se está reconociendo como válido el sistema económico existente, que se está consagrando el *statu quo*. Para ellos la propiedad privada granizada en la Constitución equivale a libertad en la esfera económica. El apartado segundo, al atribuir a la función social la delimitación del contenido de la propiedad y la herencia con arreglo a las leyes está evocando a los postulados del Estado Social de Derecho, concretando las exigencias de justicia. Y el párrafo tercero abre la posibilidad a una reestructuración

económica de la titularidad y disfrute de la propiedad al permitir una indemnización por privación a la propiedad sin necesidad de que ésta sea previa. Acercándose así a uno de los presupuestos del Estado democrático de derecho, que es el de hacer efectivo el principio de igualdad (Pérez Luño, 1997: 506-510).

Nosotros estamos de acuerdo con Pérez Luño que expone y critica esta lectura fragmentaria del precepto y sugiere una lectura del artículo hermenéutica (Pérez Luño, 1997: 510)<sup>18</sup>. Asimismo el Tribunal Constitucional se ha mantenido también a favor de una interpretación sistemática del artículo 33 de la Constitución en relación con las normas de la Constitución económica y los principios del Estado social y democrático de Derecho en numerosas sentencias, entre ellas se destacan las sentencias 37/1987 (FJ2), y la 89/1994 (FJ 5). En conclusión, lo que se quiere resaltar es que, a pesar de que aquí, como en la mayoría de exposiciones sobre el derecho de propiedad, se aborde sucesivamente para su exposición formal, el artículo 33 de la Constitución, se entiende que existe en todo momento, como lo hace gran parte de la doctrina (Pérez Luño, 1997) una conexión material entre sus distintos apartados y con los diferentes preceptos constitucionales relacionados directa o indirectamente con la propiedad privada.

*(xii) Descripción de la legislación que define el concepto de propiedad privada.*

En España se ha producido una revolución, silenciosa, en relación a la propiedad privada. Han sido tantas las normas y los cambios que se han impuesto, tan inmensa la redistribución de la riqueza que se ha producido – como por ejemplo la Ley de Aguas o la ley de Costas-- que negarlo sería una insensatez y afirmar que estos cambios han producido alteraciones en el orden español también, por eso

---

<sup>18</sup> Concretamente el autor expone: “los textos constitucionales deben ser consideradas como estructuras unitarias dotadas de una necesaria coherencia interna, corolario de la exigencia de la seguridad jurídica. Dicha coherencia comporta asumir desde una perspectiva integradora los distintos artículos y, con mayor motivo, los distintos párrafos o apartados de cada uno de los artículos integrantes de los textos constitucionales. Se parte por consiguiente, de que estos elementos de las normas fundamentales se hallan estrechamente interrelacionados entre sí, al formar parte de una unidad sistemática. Esta orientación hermenéutica impide desglosar, en el ámbito específico del catálogo de derechos fundamentales constitucionales, una serie de derechos o grupos de derechos que persigan objetivos contrapuestos. Por el contrario, la interpretación sistemática de los derechos fundamentales recogidos en la norma constitucional exige asumir en cada derecho fundamental la presencia de los valores superiores informadores del texto, así como superar la consideración “atomizada” de cada artículo o de cada párrafos, en la búsqueda de su íntima e irrenunciable conexión” (Pérez Luño, 1997: 510).

entendemos que en España se ha producido una revolución silenciosa. El Tribunal Constitucional ha formado parte de tal proceso confirmando las Leyes que han regulado la propiedad, pero lo que es la revolución en sí la han iniciado leyes como la de la Reforma Agraria de Andalucía, la del Suelos o la de Costas. Tantos cambios no se han producido tan tranquilamente en otros países o en otros momentos de la historia. Algunos altercados ha habido pero teniendo en cuenta la dimensión de los cambios estamos ante meros alborotos. A pesar de que veremos detalladamente la legislación sobre propiedad privada cuando analicemos la jurisprudencia española, aquí de momento apuntamos los grandes rasgos de esa legislación sobre propiedad privada.

La legislación en el Estado español coexiste con la normativa constitucional sobre propiedad privada, que por el indiscutible carácter de norma suprema del ordenamiento entendemos que determina la regulación de ésta. Ahora bien, lo que es la legislación en general se determina en función del objeto de la propiedad privada. De todos modos, en primer lugar, y por su carácter histórico y central, deben mencionarse las disposiciones del Código Civil --esas disposiciones de las que hoy según el Tribunal Constitucional estamos ya tan lejos (STC 37/1987) y que han sido tan criticadas cuando no había para tanto como se verá. El artículo 348 del Código Civil, inspirado en el artículo 544 del Código Civil francés, dispone: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes". Nuestro Código Civil español, siempre modesto, a diferencia del Código Civil francés ni siquiera incluye la fórmula "de la maniere la plus absolue". Y es que en el caso del CC español lo que ocurrió, no es que éste fuera de un "liberalismo más templado", como decía, Díez-Picazo, sino que lo que ocurrió es que se elaboró setenticinco años más tarde que el francés y por aquel entonces ya empezaba a cuestionarse el individualismo extremo del texto francés y sorprendentemente -- como no ha pasado en muchos otros casos (i.e. teorías sobre expropiación, que han sido emuladas de las teorías alemanas cuando allí ya eran obsoletas, sobre todo nos referimos a las teorías subjetivas) ello afectó a la redacción del Código Civil español.

Por otro lado el artículo 349 Código Civil regula la garantía de la expropiación: "nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre correspondiente indemnización". Esta fórmula ya había sido acogida por los textos de las Constituciones del siglo XIX --en términos casi idénticos por la de 1876. El artículo 659 Código Civil reconoce el derecho a la herencia. Esta comprende: "todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte".

Aparte de la regulación que recoge el Código Civil sobre la propiedad privada tenemos las leyes especiales que reglamentan las diversas modalidades de propiedad. En primer término hoy debemos acudir, aparte de la regulación del Código Civil, a lo que establece la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Esta Ley fue promulgada para desarrollar el artículo 32 del Fuero de los Españoles<sup>19</sup>. Y ya entrando en leyes más específicas tenemos a la Ley Reguladora del Régimen de los Montes de 1957. Artículo 4.4: “el disfrute de los montes de los particulares también quedará sometido por motivos de interés público a aquellos preceptos de esta ley que les sean aplicables”<sup>20</sup>. La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973: impone determinados deberes positivos a los propietarios de las fincas rústicas a fin de mejorar los recursos disponibles y así subordinarlos a la comunidad nacional, que como veremos sus preceptos fueron afectados posteriormente por la reforma agraria andaluza. Y la Ley de Minas de 1973, con la que se hace una clasificación de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos, se prescriben los deberes de los propietarios y las facultades estatales para que se aprovechen directamente o se cedan estos recursos por motivos de interés nacional (artículos 20 y 21).

Otro ejemplo que también muestra la tendencia de las leyes especiales a circunscribir el derecho de propiedad se encuentra en la Ley ya postconstitucional, de 1979, sobre Fincas Manifiestamente Mejorables, la discutida Ley de Aguas de 1985 y la no menos problemática Ley de Costas de 1988. Para concluir se destacan las leyes de ordenación urbanística, como la Ley del Suelo 8/1990 y el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Real Decreto Legislativo 1/1992. El artículo 23 del Texto Refundido dispone que la propiedad inmobiliaria se integrará mediante la sucesiva adquisición de los derechos: a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar y a la edificación. “Es decir, que la propiedad del suelo se concibe en esta norma como una titularidad vacía cuyo contenido se llena a través del sucesivo cumplimiento de determinados requisitos administrativos” (Pérez Luño, 1997: 503). Y la Ley de las Cortes Generales 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones que dispone que la ordenación urbanística de la ciudad.

---

<sup>19</sup> Lo más destacado de la Ley es que preveía la “expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad” (artículos 71 a 75), en los casos en que “el propietario incumpla la directiva de utilizar los bienes en el sentido positivo de una determinada función social”.

<sup>20</sup> La Ley entonces imponía una serie de limitaciones y añadía que el Estado podía adquirir por compraventa, permuta o expropiación, los montes de propiedad particular que “mejor puedan contribuir al cumplimiento de los fines propios del Patrimonio Forestal del Estado (art. 25).

Como comenta P3rez Lu3o es obvio que todas estas disposiciones afectan profundamente a la concepci3n de la propiedad contenida en el C3digo Civil, sobretodo como consecuencia de la intervenci3n estatal y como respuesta al aprovechamiento econ3mico de los bienes (1997: 504).

*(xiii) El concepto de propiedad privada constitucional en la europa occidental m3s cercana a Espa3a.*

Antes de entrar a examinar el estudio del derecho de propiedad en Espa3a exponemos, muy brevemente, cual ha sido su regulaci3n en los pa3ses europeos que m3s cercanos est3n a Espa3a geogr3fica, ideol3gico y jur3dicamente: Francia, Italia y Alemania. En Francia el Pre3mbulo de la Constituci3n de 1946 ha sido mantenido por la Constituci3n de la Quinta Rep3blica. 3ste Pre3mbulo, a su vez, acog3a íntegramente la c3ebre Declaraci3n de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como cat3logo b3sico de las libertades p3blicas. Como es sabido de la Declaraci3n cabe destacar su car3cter liberal, la intenci3n de “conservar los derechos naturales e imprescindibles del hombre”, que son: “la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresi3n” (art3culo 2). La tutela del derecho de propiedad adem3s se concreta en el art3culo 17 de la Declaraci3n: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de 3l, sino cuando lo exige de forma evidente la necesidad p3blica, legalmente constatada, y bajo la condici3n de una justa y previa indemnizaci3n”. Este texto fue asimismo el modelo seguido por el art3culo 544 del C3digo de Napole3n. La Constituci3n girondina de 1791 recogi3 estos art3culos de la Declaraci3n. Durante la redacci3n de la Constituci3n jacobina de 1793 se empieza a cuestionar (de hecho Robespierre en un discurso de la Convenci3n lo hizo) el car3cter tan extremadamente absoluto de la propiedad, aunque se sigue considerando a la propiedad como un “derecho natural e imprescindible”. En ambas Constituciones se recoge la figura de la expropiaci3n que deb3a ser indemnizada, justa, previa “si as3 lo exig3a de forma evidente la necesidad p3blica “ (Constituci3n de 1791) o si as3 lo exig3 “la necesidad p3blica legalmente establecida” (Constituci3n 1793). Y ya m3s recientemente, en las Constituciones de 1946 y 1958, aunque se sigue aceptando el derecho de propiedad en la formulaci3n del art3culo 17 de la Declaraci3n de 1789, se destaca el deber de solidaridad nacional. Adem3s, estas Constituciones establecen que todo bien o empresa cuya explotaci3n pueda tener car3cter de servicio p3blico nacional, o de monopolio de hecho, sea convertido en propiedad comunitaria.

En Italia la Constituci3n de 1948 reconoce en su art3culo 41 la libertad de iniciativa econ3mica



privada y en el 42 la propiedad privada: “La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a las entidades o a los particulares. La propiedad es reconocida y garantizada por la ley, que determina los modos de adquisición, de goce y los límites a fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos. En los casos previstos por la ley y con indemnización, la propiedad privada puede ser expropiada por motivos de interés general. La ley establece las normas y límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado sobre las herencias”. El artículo 43 regula la posibilidad de reserva inicial o la transferencia mediante expropiación al Estado, o entes públicos o análogos de servicios públicos esenciales, fuentes de energía o monopolios que tengan un preeminente interés general.

Por otro lado el artículo 44 de la Constitución italiana dispone la imposición de obligaciones y vínculos a la propiedad privada agraria a fin de lograr una explotación del suelo racional y relaciones sociales equitativas. Estos artículos se encuentran ubicados en el título “*rapropiedad privada orti economici*” y no en el “*civili*”. La *Corte Costituzionale* se ha visto por ello obligada a concretar su alcance. Esta Corte en especial ha tratado de aclarar: Las relaciones entre propiedad e iniciativa económica, la significación del principio de función social, el establecimiento de unos confines precisos entre la delimitación del contenido de la propiedad y la expropiación (Pérez Luño, 1997: 504-505).

El artículo 14 de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949 garantiza el derecho de propiedad: “1. La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su naturaleza y sus límites serán determinados por las leyes. 2. La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bienestar general. 3. La expropiación sólo es lícita por causa de interés general. Sólo se efectuará por ley o en virtud de una ley que establezca el modo e importe de la indemnización, La indemnización será fijada considerando equitativamente los intereses comunitarios y los de los afectados. En caso de discrepancia sobre la cuantía de la indemnización cabe recurso ante los tribunales ordinarios”. Se recoge en un artículo aparte, el 15, las disposiciones respecto la expropiación de la tierra, el suelo. Pérez Luño escribe, con lo que coincidimos, que la Constitución de 1949 recoge el espíritu de la Constitución de Weimar (1997: 506). Ésa es una de las primeras constituciones que establece que el derecho de propiedad implica una serie de responsabilidades y deberes respecto con la colectividad: “Al igual que en Italia, la tensión entre el reconocimiento de la propiedad privada y la posibilidad de socialización de los más importantes medios productivos ha suscitado un vivo debate” (Pérez Luño, 1997: 504-505).

*(xiv) El concepto de propiedad en la Constitución española.*

En la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1991 sobre el caso Rumasa SA que cuestiona una vez más la expropiación de la empresa Rumasa, SA, el Tribunal Constitucional manifiesta que es el legislador el que determinará cuándo se da la expropiación, en qué circunstancias, cuál es la *causa expropriandi* y más concretamente como se ve delimitado el contenido esencial del derecho de propiedad. Todo ello --la expropiación, la determinación de la causa expropriandi, la delimitación de la propiedad, ... -- deberá hacerse de acuerdo con la Constitución, y en concreto con el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional además precisa que será éste el que controlará la constitucionalidad de la actuación del legislador. De ello se desprende pues, que el Alto Tribunal entiende que el derecho de propiedad es un derecho que configura el legislador pero que existe un mínimo, fijado en la Constitución, que el legislador deberá respetar. Por ello en este texto se defiende que la Constitución determina unos mínimos respecto el derecho de propiedad, los derechos de propiedad, y que éstos deben ser respetados. A ello añadimos, y deducimos por lo tanto, que el derecho de propiedad no es un derecho de configuración legal ya que existen unos parámetros establecidos en la Constitución que deben respetarse<sup>21</sup>. Si no fuese así, ¿en que momento cree el Tribunal Constitucional que debería intervenir?

En la sentencia 6/1991 el Tribunal Constitucional vuelve a ocuparse de la constitucionalidad de la Ley 7/1983, de 29 de junio, sobre expropiación del grupo Rumasa, esta vez a consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por la AP Madrid (sección 7), respecto de los artículos 1 y 2 de la Ley por posible vulneración de los artículos 14 y 33.3 CE. El Tribunal Constitucional declara que los artículos no vulneran la Constitución. La decisión, define lo que es en este tipo de propiedades, la financiera, el interés social. De la sentencia se extrae, respecto la propiedad financiera que el orden y la estabilidad financiera son parte de la función social de este tipo de propiedades. Es decir, este tipo de

---

<sup>21</sup> Rey apunta que el legislador de la propiedad ha de respetar el enunciado del artículo 33 CE, pero éste es también lo que el legislador dice que es. Ahora bien, ésta característica del dominio no le convierte en un derecho de configuración legal, es decir, en un derecho cuya regulación legal venga presupuesta por la misma norma constitucional, cuyo enunciado necesita, para ser eficaz, ser integrado y concretado por el legislador, ya que, entre otras razones, el derecho de propiedad es ejercitable sin más y directamente como derecho subjetivo - ante los tribunales también--a partir del artículo 33 CE (1994: XXXI).

propiedades deben disfrutarse de manera que no perjudiquen a este orden y a la estabilidad, de modo que si no se respeta este tipo de propiedades pueden ser expropiadas.

Los intereses de otros propietarios también forman parte de este tipo de propiedad --de los trabajadores y accionistas, se entiende que accionistas minoritarios (STC 6/1991, FJ 5). La duda que lleva a la AP a plantear la cuestión es: para respetar el artículo 33.3 de la Constitución, no basta con la mera declaración de utilidad pública o interés social, sino que es preciso que esa declaración en abstracto se justifique en el caso concreto, lo que en los autos interdictales en forma alguna aparece justificado. “El artículo 1 de la Ley 7/1983, declaró de utilidad pública e interés social la garantía de “la estabilidad del sistema financiero y los intereses legítimos de depositantes, trabajadores y terceros””. Amparándose en esa utilidad pública la Ley establecía la expropiación de la totalidad de las acciones o participaciones sociales... de Rumasa. La Administración del Estado adquirió a todos estos bienes. El Auto cuestiona los fines públicos y sociales legitimadores en abstracto de la expropiación y cuestiona su proporcionalidad, si existe una verdadera justificación de la causa expropiandi de la expropiación del Grupo Rumasa SA, y consecuentemente si hubo necesidad de ocupación de todos sus bienes para cumplir con el fin de la expropiación, a fin de constatar si ésta fue o no proporcionada.

La causa expropiandi debe basarse en la utilidad pública y ser proporcional a los fines de la expropiación: “lo que se cuestiona es que se haya justificado la concurrencia de aquella utilidad pública en la ocupación, y consiguiente expropiación, de todos los bienes de las sociedades del Grupo Rumasa, manteniendo, a tal efecto, la necesidad de que la especificación de la *causa expropiandi* sea proporcionada a los fines de la expropiación, ya que, si no lo fuera, habría que declarar inconstitucional y nula de pleno derecho la expropiación realizada”. El legislador puede declarar la expropiación de manera concreta. La singularidad de esa declaración es constitucional (STC 6/1991, FJ 6): “... en la medida, pues, en que la expropiación esté fundada en un fin público o social, ninguna lesión del contenido esencial del derecho de propiedad se producirá, ya que ese contenido no exige, ni conlleva, ineludiblemente, el que la declaración de utilidad pública o interés social se encuentre previa y genéricamente amparada en una Ley general que contenga [...] las genéricas categorías de “utilidad pública” o “interés social”, ya que justamente con su carácter instrumental -y no finalista- no es sino consecuencia de la variabilidad y contingencia de lo que, en cada momento reclama la utilidad pública o el interés social de acuerdo con la dimensión social de la propiedad privada y con los propios principios establecidos e intereses tutelados por la CE” (STC 6/1991, FJ 7).

Por ello debe afirmarse que es el legislador delimita contenido de la propiedad privada y que en segundo término el Tribunal Constitucional controla tal delimitación. Corresponde al legislador "delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes y, consecuentemente apreciar también las exigencias dimanantes de las necesidades colectivas que imponen la conversión de la propiedad en un equivalente económico por medio de la expropiación forzosa, sin que, no obstante ello suponga una exención alguna del control que respecto de tales decisiones puedan corresponder este Tribunal" (STC 6/1991, FJ 7). Con lo cual, debido a la función social de la propiedad financiera el Tribunal Constitucional considera constitucional esta delimitación del derecho de propiedad que ha realizado el legislador ya que se hizo con el fin de proteger el orden económico financiero (interés público) y también a otros propietarios-particulares (accionistas-trabajadores,...) (interés particular), en un momento en que las actuaciones del Sr. XXX amenazaban este orden a raíz de que no existía una legislación adecuada que lo regulara y limitara: "caso singular que atiende a una situación extraordinaria de grave incidencia en el interés de la comunidad, comprometiendo por el riesgo de la estabilidad del sistema financiero y la preservación de otros intereses, que reclamaron, junto a una acción inmediata que no podía posponerse a la utilización de mecanismos legislativos ordinarios, la actuación global de la técnica expropiatoria"... "la excepcionalidad de la situación creada, comprometedora del sistema financiero,... "objetiva razonabilidad y proporcionalidad de la singularidad de la expropiación, así como de su causa expropiandi..." (SSTC 111/1983 y 166/1986)" (STC 6/1991, FJ 7).

La jurisprudencia sobre el caso Rumasa SA ha sido expuesta aquí para destacar la fragilidad en que se encuentra el derecho de propiedad en nuestro país cuando intervienen intereses claves como puede ser la estabilidad de los mercados financieros en España. Estas sentencias, como se verá más adelante, son sólo un ejemplo de lo que es la evolución del derecho de propiedad en el Estado español. De esta decisión, de la legislación y de la jurisprudencia en general puede extraerse que los cambios sufridos por el régimen de propiedad son: Hoy existe, como apunta Pérez Luño (1997: 447), una progresiva disociación entre la titularidad jurídica de los medios de producción y el ejercicio de los poderes reales que la propiedad implica. Este fenómeno se da sobretudo en las sociedades y grupos empresariales, dónde los administradores detentan materialmente las facultades que formalmente han

sido atribuidas a los propietarios de las acciones<sup>22</sup>.

El mismo autor subraya, con el que estamos de acuerdo, que en el seno del Estado del bienestar los presupuestos clásicos de la libertad de mercado ya no son absolutos, por ejemplo, la rentabilidad de las grandes empresas depende, mayoritariamente, de la acción del gobierno (licencias, concesiones, subvenciones,...). El trabajo físico humano ya no es tan relevante debido a los avances tecnológicos. Y a ello Pérez Luño añade el problema de los límites del crecimiento: “la actual polémica de los límites del crecimiento y la amenaza que una concepción irresponsable del progreso puede acarrear para el mantenimiento del equilibrio ecológico y la calidad de vida; temas que no sólo afectan a la economía, sino que inciden de lleno sobre los sistemas de apropiación y empleo de los bienes productivos y las fuentes energéticas” (Pérez Luño, 1997: 498). En resumen, actualmente también debe tenerse en cuenta, respecto a la configuración del régimen de la propiedad privada el concepto de desarrollo sostenible. El presente estudio se centra en este aspecto de manera especial.

Algunos autores en España, entre ellos Pérez Luño, defienden esta noción de nueva propiedad americana que a grandes rasgos consiste en que “el derecho de propiedad debe implicar el derecho a la participación de todos los ciudadanos o, lo que es igual, su no exclusión de los productos del proceso económico y el control democrático de las fuentes de riqueza de mayor transcendencia social” (Pérez Luño, 1997: 499). Para ellos, la justificación de la propiedad privada en los regímenes de orientación liberal-democrática, para no identificarse, como lo ha hecho en muchas ocasiones, con la justificación de la libertad de apropiación capitalista, precisa garantizar el derecho de todos los ciudadanos a su pleno desarrollo humano”, --expresa Pérez Luño citando a Macpherson (1978: 207). Debo señalar que ni que las aportaciones de Macpherson son muy interesantes me parecen ya un poco antiguas, son de 1978. A pesar de que algunos de sus resultados si los compartimos<sup>23</sup> nosotros creemos que éstas teorías están en parte obsoletas y rechazadas ya por los mismos que las defendieron.

<sup>22</sup> Sobre ello dos obras, de acuerdo con Pérez Luño, clásicas: A. Berle y C.G. Means, *The Modern Corporation and Private Property* (New York, 1932).

A. Berle, *Power without Property* (New York, 1957).

<sup>23</sup> Como el que establece que: “Sólo así podría seguir legitimándose la propiedad privada sobre medios productivos, en la medida en que ello redunde en mayor beneficio de los menos aventajados” (Pérez Luño, 1997: 498-499). Ésa es una noción

Como será expuesto en el capítulo sobre derecho de propiedad en Estados Unidos la incorporación de externalidades en el concepto de propiedad que se está definiendo hoy en ese país por los mismos que defendían el concepto de nueva propiedad – entre ellos el profesor Michelman—os parecen mucho más conformes a los que exponemos aquí. Es decir, hoy existe un concepto de propiedad que debe delimitarse de acuerdo con muchos otros intereses. A la hora de regular el derecho de propiedad deberá tenerse en cuenta elementos como el derecho a la vivienda, el medio ambiente o el desarrollo de todos los sectores económicos.

Volviendo pues al tema central de este capítulo y partiendo de la jurisprudencia española a continuación concretamos cuál es el concepto de derecho de propiedad que se desprende de la Constitución. Ya hemos hablado de la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, sobre la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía, contra la que se presentó, 53 Senadores, un recurso de inconstitucionalidad por muchas razones pero una de ellas porque éstos entendían que la Ley de Reforma Agraria quebranta el contenido esencial del derecho de propiedad privada. Con el fin de definir el contenido esencial del derecho de propiedad el Tribunal Constitucional expone cuál es, y deber ser, el concepto de propiedad privada que recoge la Constitución: para ello es necesario partir de la regulación constitucional del derecho de propiedad privada que se contiene en el artículo 33 con el objeto de indagar la naturaleza jurídica de tal derecho o el modo como la Norma fundamental lo concibe. Este artículo, expresa el Tribunal Constitucional, tras enunciar y reconocer «el derecho a la propiedad privada y a la herencia» en el apartado 1.º de este artículo, el apartado 2.º establece que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes» , y en el tercero de tales apartados se garantiza finalmente que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes» (STC 37/1987, FJ 2).

El Tribunal afirma que los tres apartados del artículo 33 no pueden interpretarse separadamente. La sentencia añade que los tres apartados del artículo 33 revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional y que este es un derecho con una doble dimensión subjetiva

---

del derecho de propiedad que hoy todavía está en vigor con mucha fuerza y reflejo de ello los son algunas sentencias del Tribunal Constitucional como se verá más adelante.

e institucional --requisitos que ya se enumeraron en la sentencia 111/1983 (FJ 8) precisa el Tribunal--y que en cuanto a la dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional en 1987 manifiesta que este es un derecho que puede ceder para convertirse en su equivalente económico si el interés general lo exige. Así dentro del concepto de propiedad privada el Tribunal Constitucional subraya que debe incluirse el de «función social» que forma parte de su contenido intrínseco: “la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad. Ahora bien, tales exigencias colectivas no pueden anular la utilidad individual del derecho de propiedad (STC 37/1987, FJ 2). A continuación la sentencia expone lo que ya se ha descrito en los apartados anteriores sobre la propiedad actual, que no puede reconducirse al tipo descrito en el Código Civil<sup>24</sup>. El Tribunal Constitucional enlaza esta afirmación con la idea de que hoy existe, a su juicio, una flexibilidad o “plasticidad” respecto a la propiedad que significa que existen diferentes tipos de propiedades y que cada una de ellas cuenta con su estatuto jurídico que se fija conforme a la naturaleza del bien sobre el que el derecho recae (STC 37/1987, FJ 2). Por otro lado el Tribunal insiste en que la dimensión social de la propiedad privada significa que deben añadirse a ellos las exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada. Ello se traduce, expresa el Tribunal Constitucional en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en las facultades y responsabilidades de la persona propietaria. La propiedad es, manifiesta el Alto Tribunal “una institución llamada a satisfacer las necesidades colectivas”, y su concepto debe definirse pues con la imagen que del derecho de propiedad se ha formado la sociedad contemporánea (STC 37/1987, FJ 2). La incorporación de estas exigencias

---

<sup>24</sup> Recordamos pues lo que dijo el Tribunal Constitucional en 1987: “La propiedad ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que es imposible “concebir la hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil” [...] Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos” (STC 37/1987, FJ 2).

(sociales) a la definición del derecho de propiedad responde a “principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula”.

En este caso, en que se analiza la constitucionalidad de la Ley que regula la propiedad agraria, el Tribunal Constitucional insiste en que interés individual e interés social están en un mismo nivel. El Alto Tribunal insiste en que la relevancia de la función social respecto la delimitación de la propiedad, que la considera determinante; y finalmente realiza una interpretación sistemática de la Constitución y recuerda que en el análisis de la propiedad, o por lo menos de la propiedad agraria, para delimitar su contenido esencial, es preciso tener en cuenta otros derechos e intereses. En esta decisión en concreto (sobre propiedad agraria) el Tribunal Constitucional enumera los incluidos en siguientes artículos de la Constitución: el 128.1 (subordina toda la riqueza del país al interés general, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad), el 40 (que impone a todos los poderes públicos la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico para lograr una distribución de la renta más equitativa), el 45 (que protege los intereses y “derechos” medioambientales y dispone que todos los poderes públicos deben velar para que los recursos naturales se utilicen de manera racional) y el 130 (que exige a los poderes públicos que atiendan a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, también al sector agrario y ganadero).

Y aquí recordamos, como lo hace el Tribunal Constitucional recuerda que es el legislador debe delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación a cada tipo de bienes y de acuerdo con la Constitución y con criterios como los descritos. A pesar de que se insiste en que la propiedad no es un derecho de configuración legal.

A raíz de la lectura de la sentencia podemos concluir pues que hoy existe una propiedad constitucional. Prueba de ello es que el Tribunal Constitucional apunta en esta decisión cuales son “los mínimos” infranqueables de este derecho y a continuación añade: “la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los ‘órganos judiciales, en el ámbito de sus



respectivas competencias.

Otro ejemplo de lo que se acaba de afirmar lo es la sentencia 222/1992, sobre la LAU<sup>25</sup> y el derecho de subrogación de un conyuge que es una pareja de hecho y que responde a una cuestión de inconstitucionalidad. En ésta el Tribunal Constitucional establece que la protección de la familia se presente hoy, según queda dicho, como el fundamento constitucional de la subrogación que aquí consideramos no significa, sin embargo, que esta última figura se erija en imperativo constitucional, pues lo que la norma fundamental dispone es sólo que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia", y es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo tal mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte "a priori" constitucionalmente obligado. Lo que lleva al legislador a definir como parte del concepto del derecho de propiedad urbana-arrendataria el derecho a la vivienda y a la protección de la familia, y además no de cualquier familia si no de una familia conforme a la Constitución y al principio de igualdad: "Tan claro como esto es, sin embargo, que, configurado por la ley un determinado mecanismo o expediente para la protección familiar, su articulación concreta deberá llevarse a cabo en el respeto a las determinaciones de la Constitución y, muy específicamente, a lo que impone el principio de igualdad (art. 14)" (FJ 3). La declaración de este artículo como inconstitucional lleva a que existan muchos más casos en los que el propietario no va a poder recuperar su propiedad, por lo tanto, como expresa el propio Tribunal Constitucional ello implicará una grave carga para ese propietario.

Ahora bien, de acuerdo con la función social que la propiedad privada lleva intrínseca, el propietario deberá soportar esa situación sin que tenga derecho a ningún tipo de indemnización. Se trata de una función social de la propiedad privada que se realiza una vez más a costa del propietario, de un particular. Por lo demás, que el fundamento sobrevenido del art. 58.1 LAU deba verse en el artículo 39.1 CE es también relevante para justificar de este modo el límite evidente que aquella

---

<sup>25</sup> El art. 58.1 LAU dispone que "al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge (...) podrá(n) subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento", añadiendo el precepto, "in fine", que "respecto al cónyuge, bastará la mera convivencia, sin exigencia en el plazo de antelación" (la ley, en efecto, requiere una previa convivencia con el fallecido de, al menos, 2 años para el ejercicio de este derecho por parte de todos los demás sujetos relacionados en el precepto, excepción hecha de quienes hubieran estado "sometidos a la patria potestad" de aquél).

previsi3n legal supone para los derechos de propiedad del arrendador (art. 33.1 CE) a quien la Ley impone, cualquiera que fuera su voluntad, una importante limitaci3n temporal a la finalizaci3n de la relaci3n contractual, impidi3ndole, as3, recuperar la plena posesi3n del inmueble. Se fundamenta y realiza as3, expresa el Tribunal Constitucional, en este concreto 3mbito, la funci3n social de la propiedad (art. 33.2 CE) (FJ 4). Es precisamente tal art. 14 el que ha de dar respuesta a la cuesti3n de la constitucionalidad o inconstitucionalidad, en el punto considerado, del art. 58.1 LAU. Lo que se trata de proteger con la "funci3n social" que se aplica en este caso concreto es lo que disponen los art3culos 14, 39.1 y el 47; es decir, el principio de igualdad, la familia, cualquier familia, y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada: Es, sobre todo, de inexcusable consideraci3n que la mera procuraci3n de una mayor certeza jur3dica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 CE) cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata (art. 39.1 de la propia Norma constitucional) y ya se ha dicho que la familia es, para la Constituci3n, objeto de protecci3n en s3 misma y que la norma que as3 lo quiere no puede ser, por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protecci3n del matrimonio.

Tampoco cabe olvidar, en fin, que la subrogaci3n arrendaticia que consideramos es una de las posibles modalidades de realizaci3n del principio rector seg3n el cual "todos los espa1oles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" (art. 47 CE), principio que exige del legislador - y de este Tribunal, al controlar sus normas- una atenci3n espec3fica a los imperativos que sobre 3 proyecta el art. 14 de la Norma fundamental. La subrogaci3n es disponible para el legislador, pero, una vez instituida, no puede ser conferida con da1o a la igualdad sin menoscabar, al propio tiempo, lo que prescribe este art. 47 (FJ 6). Por todo ello el precepto es declarado inconstitucional.

Con estas dos sentencias que se han expuesto tan s3lo con intenciones ilustrativas, una sobre el campo y otra sobre la ciudad, se ha querido mostrar que el derecho de propiedad cambia en funci3n de su objeto tal y como el mismo Tribunal Constitucional ha subrayado en much3simas ocasiones. Es decir, existen distintos estatutos que se aplican a cada tipo de propiedad. Nosotros lo entendemos as3: el objeto de la propiedad privada define las externalidades, la interpretaci3n sistem3tica, que delimitar3 ese derecho de propiedad privada. As3 en la propiedad rural lo determinante es el desarrollo econ3mico del sector agrario, de todos los sectores; y en la propiedad urbana la protecci3n del acceso a una vivienda digna y en especial la protecci3n de las personas con menos recursos y en todo caso evitar la especulaci3n. Por todo ello consideramos correcta la expresi3n que utiliza el Tribunal Constitucional y gran parte de la doctrina para referirse a la propiedad espa1ola: en Espa1a existe una pluralidad de

propiedades.

*(xv) Titularidad y objeto de la propiedad: la Pluralidad de propiedades.*

En España la propiedad privada viene delimitada en función de su objeto. Si estamos ante una propiedad que recae sobre el suelo urbano su delimitación y las prioridades de la función social de ésta serán distintas que si lo que se está regulando es un derecho de propiedad que recae sobre suelo agrario – entonces la prioridad es el medio ambiente y el desarrollo económico de ese sector. Por ello muchos autores defienden que en España existe una pluralidad de propiedades que significa que en cada caso, en función de su objeto debe observarse unos intereses generales distintos que forman parte de esa propiedad, como lo es el derecho a acceder a una vivienda digna en la propiedad urbana.

El Tribunal Constitucional se ha referido también al concepto de pluralidad de propiedades en la sentencia sobre la Ley de la Reforma Agraria de Andalucía: “... la progresiva incorporación de finalidades sociales, relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación de la institución dominical en una Pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso, De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o Plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae” (STC 37/1987, FJ 2).

Pérez Luño, señala que son tantas las cosas que pueden constituir ser objeto de la propiedad privada que ello dificulta su conceptualización unitaria “En efecto, un problema ampliamente debatido por la doctrina ha sido el del denominado “pluralismo” de la propiedad”, y a ello añade que “esta tendencia disgregadora de la noción de propiedad pudiera constituir una persistencia de la identificación del derecho de propiedad con las cosas o bienes que integran su objeto” (Pérez Luño, 1997: 495). Según este autor la equiparación entre derecho de propiedad y las cosas o bienes que integran su objeto tiene su punto de arranque en el triunfo de la revolución burguesa. A partir de entonces el Estado se convierte en garante del derecho de propiedad Pleno e ilimitado sobre las cosas. De tal modo que la garantía estatal cada vez hace más borrosa la distinción entre el derecho y los bienes, o si se quiere, esconde el derecho tras las cosas. Por ello, afirma Pérez Luño, en el lenguaje común, la propiedad

aparece identificada con los bienes susceptibles de apropiación y tráfico económico (1997: 495-496).

En general, lo que ocurre es que además sobre un mismo bien pueden recogerse distintos derechos dominicales y ello también responde a cuestiones históricas. En los tiempos anteriores al capitalismo la propiedad se proyectaba normalmente sobre la tierra y ésta coexistía con otros poderes de distinta naturaleza que se tenían sobre ese mismo objeto. Se trataba de un derecho sobre las cosas, más no como la cosa en sí misma. Hoy también estamos ante una crisis de la equiparación entre la propiedad y los bienes que constituyen su objeto (Pérez Luño, 1997: 496). Actualmente ya no está tan clara esa identificación entre propiedad y las cosas sobre las que recae. A partir de ésta equiparación, de su objeto, ya no podemos explicar, a juicio de este autor, la delimitación conceptual de la propiedad privada. (Pérez Luño, 1997: 496). Nosotros no lo vemos así, todo lo contrario, entendemos que la delimitación del derecho de propiedad se define en función de su objeto como se demuestra en la exposición que realizamos de la jurisprudencia española más adelante.

Steffano Rodota (1986) expone que durante un período de tiempo suficientemente largo la cuestión abstracta, lejos de serlo, ha constituido punto de encuentro de modos de organizaciones legislativas, jurisprudenciales y científicas, y que hoy ese punto de organización es la noción de pluralidad de propiedades, que es donde, entiende éste y Díez-Picazo que “cabalmente se reconstruye el esquema de propiedad” (1991: 1260-1261). “En efecto, se puede con todo derecho considerar que este punto de vista, que frente a la dogmática estricta se califica como realista, ha cumplido al mismo tiempo la función de disolver la vieja categoría unitaria y la deja sobrevivir el esquema de la propiedad, preparando incluso un terreno propicio para la adopción de ese esquema en campos en que se requiera la *tutela fuerte* propia del derecho de propiedad. Ocurrió así hace años con la propiedad comercial o con la propiedad de la empresa y hoy se tiende a hacerlo con lo que con un barbarismo jurídico se llama la propiedad de los derechos” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1261). Actualmente creemos que esto no pasa. Hoy, entendemos nosotros, el concepto de pluralidad de propiedades sirve para introducir elementos referentes al interés social en la configuración de cada una de las propiedades. Así, hoy este concepto se utiliza con el fin de delimitar el contenido de propiedad privada de acuerdo con su función social y no para reforzar propiedades cercanas a una propiedad liberal y mercantilista.

Por otro lado Pérez Luño subraya que la propiedad aparte de sufrir un carácter cambiante a lo largo de la historia y de los distintos países sufre otro problema derivado del hecho de que ésta puede recaer sobre objetos muy diversos. El autor califica a este hecho de “problema”, el problema denominado por

la doctrina del “Pluralismo” de la propiedad (1997: 495). El pluralismo de la propiedad ha llevado a que se cuestione, “desde distintas ópticas teóricas, si la coexistencia actual de diferentes estatutos jurídicos para los diversos tipos de bienes (según se trate de bienes de dominio público o privado, de consumo o de producción y, dentro de estos, según se trate de bienes de naturaleza agraria, urbana, industrial, ... ) permite la subsistencia de un concepto unitario de propiedad o si, por el contrario, debe admitirse la existencia de varias propiedades” (Pérez Luño, 1997: 495).

Tradicionalmente la definición de propiedad privada se basaba en la propiedad de la tierra. A ésta se añadían las propiedades especiales, que quedaban ubicadas entre el Derecho civil y el administrativo. Por propiedades especiales se entendía la propiedad del agua, la de los montes, la de las minas, la propiedad intelectual y la industrial. Entonces, expresa Díez-Picazo “se estudiaba su régimen jurídico, pero sin haber tratado nunca de establecer el punto de sutura entre propiedades especiales y propiedad en general” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1259). Para este autor la doctrina de la Pluralidad de propiedades o de los estatutos de propiedad es consecuencia de la creciente intervención del Estado en la actividad económica, que se desarrolla en Europa después de la primera guerra mundial y que se produce tanto en los Estados que continuaban teniendo vestidura liberal como en los Estados fascistas. La primera formulación de esta doctrina, de la Pluralidad de propiedades, la realiza en la Italia todavía fascista, en el año 1942, V. Vassalli, aunque es la famosa obra de S. Pugliatti de 1954, la que se considera el punto de referencia de tal discusión (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1259-1260).

La doctrina de la pluralidad de propiedades se ha acabado imponiendo, destaca Díez-Picazo, y a ello ha influido “El régimen especial de la propiedad urbana y urbanística y el también especial de la propiedad agraria han parecido terminar por imponerla. Según esta tesis [la de Pluralidad de propiedades] – no hay propiedad sino propiedades – todas las propiedades son especiales y cada una de ellas posee su propio y específico régimen jurídico” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1260). Nosotros no sabemos si se le debería llamar así o no, pero sí creemos que la propiedad se delimita a partir de su objeto, aunque por otro lado, sí creemos que existe un mínimo contenido común a todas las propiedades que tiene mucho que ver con las garantías expropiatorias. Asimismo Díez-Picazo añade que “el esquema de los estatutos de propiedad no deja las cosas resueltas y que la persistencia de normas de principio se aferra a una referencia unitaria que habría que situar en lo que un sector de la doctrina alemana ha llamado un concepto atributivo (*Zuweisungsgehalt*), que significa una reserva en monopolio de los contenidos de extracción de beneficios que el bien proporciona” (Díez-Picazo y

Ponce de León, 1991: 1261).

A nosotros el concepto de pluralidad de propiedades nos parece bien pero tampoco nos preocupa demasiado el nombre que se le dé. Aquí se defiende que lo importante es ver qué elementos se han considerado parte de la delimitación del derecho de propiedad en cada tipo de propiedad, cuáles han sido las prioridades que se han buscado en la configuración del derecho de propiedad, su función social y qué se ha considerado parte del contenido esencial de la propiedad con el fin de determinar por último cuándo estamos ante una regulación de la propiedad tan grave que deba considerarse expropiación forzosa.

*(xvi) La titularidad de la propiedad privada.*

El profesor Díez- Picazo escribe que el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad significa que el derecho de propiedad ha de tener por sujetos titulares del derecho a individuos particulares o a personas jurídicas “que merezcan el carácter de personas de Derecho Privado, debiendo además entenderse que esa dualidad es indistinta, pues no cabe excluir, de manera constitucionalmente legítima, ni a uno ni a otro grupo de posibles sujetos del derecho en cuestión” (1991: 1261). Es decir, debe reconocerse también a las personas jurídicas también su derecho a la propiedad privada desde el punto de vista constitucional. Aunque no hemos visto que el Tribunal Constitucional se haya detenido en esta cuestión si podemos afirmar que en la jurisprudencia constitucional, cuando el Tribunal estudia la constitucionalidad de las Leyes que se le plantean no parece que éste haya hecho ninguna distinción en absoluto respecto las personas físicas y las jurídicas. El Tribunal Constitucional en general, ha analizado el derecho de propiedad en abstracto, si se había vulnerado o no por la norma que esté examinando, pero no distingue entre si ese derecho de propiedad lo estaba disfrutando una persona física o jurídica como puede ocurrir con otros derechos fundamentales. Por lo tanto entendemos que ambas personas son y pueden ser titulares con la misma intensidad del derecho constitucional de propiedad privada concidiendo con Díez-Picazo y Ponce de León.

Por otro lado existe toda una doctrina que cree que puede distinguirse entre propiedad personal y de producción, como expondremos en breve. Díez- Picazo opina que de lo afirmado se desprende que el legislador no puede establecer una propiedad exclusivamente personal, en el sentido de reconocerla

únicamente a los individuos, y tampoco cabe una propiedad limitada a personas jurídicas u organizaciones, aun cuando éstas revistan ese carácter de personas jurídicas de Derecho privado (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1261).

*(xvii) El objeto del derecho de propiedad.*

Sí que existen diferencias en cambio en cuanto al objeto. No todos los bienes son susceptibles de ser propiedad privada de acuerdo con la Constitución y el Tribunal Constitucional. Determinados bienes, como el agua, no pueden ser de apropiación privada (STC 227/1988, de 29 de noviembre de 1988, sobre la Ley de Aguas, 2 de agosto de 1985). En este recurso de inconstitucionalidad que fue desestimado en lo que respecta a la posible vulneración de los derechos patrimoniales el Tribunal Constitucional dispuso que “la Constitución no garantiza que la propiedad haya de extenderse a todo tipo de bienes” (STC 227/1988, FJ 5). El artículo 132.2 de la CS, recuerda el Tribunal, excluye algunos bienes de la titularidad privada y permite al legislador que declare la demanialidad de otros. Conforme al artículo 132.2 CE el Tribunal Constitucional manifiesta que la opción de incluir las aguas continentales en el dominio público es legítima en todo caso (STC 227/1988, FJ 7). La sentencia 37/1987 un año antes ya había manifestado algo parecido.

*(xviii) Otra distinción doctrinal: La propiedad personal y la propiedad sobre los bienes de consumo.*

Algunos autores distinguen entre propiedad privada personal y propiedad privada sobre los bienes de producción. Esa línea se ha marcado con el fin de distinguir entre limitaciones a la propiedad legítimas y limitación al derecho de propiedad ilegítimas y más si no van acompañadas de indemnización. Ello explica para estos autores, que los límites que se impongan sobre los bienes de producción como pueden ser la tierra o una fábrica queden mucho más justificados que si se imponen por ejemplo, en bienes mucho más personales como lo podría ser un mueble de una casa, de un domicilio. Esta diferenciación hoy, a nuestro juicio no puede sostenerse desde ningún punto de vista. Primero: si sobre los bienes de carácter personal no pueden imponerse limitaciones, entonces, ¿Cómo se explican todas aquellas medidas que puedan aplicarse a, por ejemplo, los coches? ¿Hay algo más personal que un coche? Segundo: si sobre estos bienes no pueden recaer regulaciones limitativas de

derechos porque se parte de que las personas no poseemos bienes que puedan interesar a la colectividad ¿Cómo podría explicarse un caso como el americano, el de las plumas del águila imperial, que sigue residiendo en manos privadas a pesar de las múltiples limitaciones que se le imponen?

Pero bien, que no estemos de acuerdo con esta diferenciación no nos exime de apuntarla, ni que sea muy brevemente, para que el lector pueda decidir por él mismo sobre su idoneidad. Díez-Picazo expone que esta división emerge de la doctrina tradicional que ha distinguido entre la propiedad como un instrumento puesto al servicio de la libertad de la persona y de su dignidad de la propiedad entendida como un instrumento de dominación o de poder económico. Para este autor, como para muchos otros, la distinción permite que, de acuerdo con su interpretación de lo que es la Constitución económica -- “con las coordenadas que antes hemos trazado”<sup>26</sup>--, puede reconocerse que en el primero de esos aspectos, en la propiedad personal, la propiedad goza de un Pleno reconocimiento, “mientras que en el segundo sólo es reconocida en la medida en que cumple una función social (art. 33. 2) y queda subordinada al interés general” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1258)<sup>27</sup>. Ahora bien, ni que el maestro Díez-Picazo haga esta distinción y exponga sus consecuencias ello no significa que acepte que puedan haber dos regulaciones de propiedad privada en función de esta distinción. Para el autor, partiendo de que el artículo 33 no define la propiedad privada, el derecho de propiedad no puede contener esta distinción, no puede darse tal dualidad entre propiedad personal y propiedad de las personas jurídicas sencillamente porque el constituyente no recogió esa distinción<sup>28</sup>. Por lo tanto: “No es posible, según creo, que el legislador establezca una propiedad exclusivamente personal, en el sentido de reconocerla únicamente a los individuos, y tampoco cabe una propiedad limitada a personas

---

<sup>26</sup> Díez-Picazo inmediatamente antes a este párrafo había incluido como preceptos constitucionales que configuran la noción de Constitución económica a los siguientes artículos, entre otros: el 33, el 38, el 9.2, el 128 y el 131 CE) (1991: 1258). Particularmente este estudio, coincidiendo con el profesor Ruíz-Rico se inclina por una noción más amplia de Constitución económica que incluya asimismo el artículo 45 CE que regula el medio ambiente.

<sup>27</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

<sup>28</sup> “La propiedad que el artículo 33 de la Constitución consagra y define es propiedad privada. Lo cual quiere decir que ha de tener por sujetos titulares del derecho a individuos particulares o a personas jurídicas que merezcan el carácter de personas de Derecho Privado, debiendo además entenderse que esa dualidad es indistinta, pues no cabe excluir, de manera constitucionalmente legítima, ni a uno ni a otro grupo de posibles sujetos del derecho en cuestión.” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1261).



jurídicas u organizaciones, aun cuando éstas revistan ese carácter de personas jurídicas de Derecho privado” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1261). Con lo cual, ahora ya sí, estamos totalmente de acuerdo, como no podría ser de otra manera, con el profesor Díez-Picazo. A ello nos atrevemos a añadir la razón que hemos expuesto al inicio de este apartado. Esta distinción tampoco se puede hacer, creemos, porque esa línea divisoria tampoco esta hoy ya tan clara ¿que es lo personal? ¿un móvil? ¿un coche? ¿un jardín? ¿un campo? ¿una lancha motor? ¿un televisor?... ¿Y si se siguiera esta doctrina diferenciadora sobre estos bienes no podrían imponerse limitaciones? Cuesta de creer.

*(xix) La naturaleza jurídica de la propiedad privada en la Constitución.*

La propiedad privada no es un derecho de configuración legal. El derecho de propiedad privada es un derecho fundamental y como tal su contenido debe construirse a partir de la Constitución, del artículo 33 y de sus concordantes --y no, o no solamente-- a partir del Código Civil, ni de las leyes especiales – civiles o administrativas (Rey Martínez, 1994: 29-30)<sup>29</sup>. El artículo 53 de la Constitución establece una doble garantía respecto el derecho de propiedad: la reserva de ley y la necesidad de respeto de su contenido esencial. A efectos de establecer cuál debe ser la relación entre el medio ambiente y la propiedad privada, y como interviene el medio ambiente en la definición de propiedad privada, la presente investigación se centra en la segunda garantía, la necesidad de respeto de su contenido esencial, dirigida al legislador<sup>30</sup> respecto a la propiedad privada.

Una vez más recurrimos a la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 para afirmar lo que ésta establece: el derecho de propiedad es un derecho subjetivo – aunque no ilimitado. La propiedad tiene esa doble dimensión que permite reconocer al derecho de propiedad como un derecho fundamental. La sentencia, también del Tribunal Constitucional, 11/1988, por otro lado vuelve a insistir en que la propiedad privada tiene dos vertientes una institucional y la otra individual y que la propiedad privada cede para convertirse en su equivalente económico. Aunque toda la jurisprudencia del Tribunal

---

<sup>29</sup> Fernando Rey Martínez, *La propiedad privada en la Constitución española* (Madrid: CEC, 1994).

<sup>30</sup> El Tribunal Constitucional desde un inicio ha establecido que la vinculación del contenido esencial de los derechos fundamentales se dirige y vincula sólo al legislador (STC 123/1983, FJ 3).

Constitucional reconoce el derecho de propiedad como un derecho de propiedad no toda la define con la misma intensidad. El Tribunal Constitucional en la sentencia 166/1986, de 19 de diciembre (RUMASA) define el concepto de derecho subjetivo de propiedad privada y su alcance. Este derecho, manifiesta el Alto Tribunal, sólo alcanza hasta el contenido económico. Esta afirmación a nosotros nos cuesta de entender ya que consideramos que pueden haber ocasiones que ni que se otorgue una indemnización la limitación de la propiedad no puede considerarse constitucional.

También la doctrina apunta esa característica respecto a la propiedad privada. Díez Picazo, por ejemplo expone que “El artículo 33 de la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada. El reconocimiento de este derecho, y de esta institución, no puede ser considerado aisladamente” (1991: 1257)<sup>31</sup>. Pérez Luño, por otro lado sostiene que la propiedad es un derecho subjetivo. Que sea un derecho subjetivo es aceptable, de acuerdo con el razonamiento de este autor, porque a su modo de ver “la propia categoría de derecho subjetivo ha sufrido una profunda transformación” (Pérez Luño, 1997: 526). La concepción liberal atribuía a la propiedad un núcleo duro incondicionado de facultades, en cambio en el Estado social el reconocimiento del derecho se realiza en función también del interés del titular y además de acuerdo de las exigencias de la comunidad interpreta el autor: “El derecho subjetivo de propiedad rebasa la esfera estricta de las libertades individuales fundamentales para insertarse en la de los derechos fundamentales que, como se ha indicado, representan la integración de las libertades --en la propiedad, el conjunto de facultades subsistentes-- y las nuevas exigencias propias de los derechos económicos, sociales y culturales --en la propiedad, los deberes implícitos en la función social” (Pérez Luño, 1997: 526-527).

Parte de la doctrina, entre ella el texto de Pérez Luño (1997: 527), sostiene que el problema no reside en cuestionarse si la propiedad es o no es un derecho subjetivo, que entienden que sí que lo es; el problema, para estos autores, está en definir qué es un derecho subjetivo, en perfilar un nuevo status de derecho subjetivo. En este caso el nuevo status de derecho subjetivo viene establecido por los valores superiores del ordenamiento. En el supuesto del derecho de propiedad los valores vienen

---

<sup>31</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

concretados por su ubicación en el sistema de derechos fundamentales y por el carácter intrínseco de la función social.

(xx) *La propiedad privada un derecho fundamental.*

El artículo 53 de la Constitución se refiere al derecho de propiedad privada. El Tribunal Constitucional en sus decisiones mantiene que el derecho de propiedad es un derecho garantizado constitucionalmente y disfruta de ciertas garantías pero que no disfruta de todas las que tienen los derechos contenidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero y el Principio de Igualdad. La sentencia del Tribunal Constitucional 46/1983, así como muchas otras, reconoce a determinados derechos establecidos en los artículos de la Sección Segunda – como la libertad de empresa-- la categoría de derecho fundamental. La doctrina se encuentra dividida entre estas dos tendencias: una, que considera el derecho de propiedad como un derecho fundamental (Rey, 1994; Cruz Villalón, 1989<sup>32</sup>; de los Mozos, 1993<sup>33</sup>, ... ) y otra que no (Montes, 1980<sup>34</sup>; Barnés Vázquez, 1988<sup>35</sup>; ... )<sup>36</sup>. En realidad casi todos los autores coinciden en apuntar que lo importante es ver cuál va a ser el grado de protección y resistencia que se le va a dar a cada tipo de derecho reconocido en la Constitución<sup>37</sup>. Así, para calificar al derecho de propiedad como un derecho fundamental antes debemos definir que entendemos aquí por derecho fundamental.

Por parte de la doctrina se ha intentado definir lo que era un derecho fundamental. F. Rubio, por ejemplo, lo encuadra en el marco de las funciones<sup>38</sup>. Así afirma que por un lado los derechos fundamentales atribuyen a los ciudadanos determinados derechos y que por otro, y a su vez,

---

<sup>32</sup> Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *REDC* 25 (1989) 35-ss.

<sup>33</sup> J.L. De los Mozos, *El derecho de propiedad : crisis y retorno a la tradición jurídica* (Madrid: Edersa, 1993).

<sup>34</sup> V. L. Montes, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo* (Madrid: Civitas, 1980).

<sup>35</sup> J. Barnes Vázquez, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario* (Madrid: Civitas, 1988).

<sup>36</sup> El mismo Pedro Cruz Villalón apunta que el Tribunal Constitucional califica el derecho de propiedad como un "derecho subjetivo debilitado" (1989: 35-ss).

<sup>37</sup> J.J. Solozábal, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *REDC* 71 (1991) 87-ss.

<sup>38</sup> F. Rubio Llorente, "Constitución y derechos fundamentales", *Saber leer* junio-julio (1988) 8-ss.

desempeñan funciones como la de ser los elementos legitimadores del sistema político ayudando a formular los enunciados de las normas jurídicas imponiendo conductas determinadas ofreciendo, en caso de conflicto, la soluci3n adecuada (1988: 8). Haberle, por otro lado, se refiere al sistema actual como el de la cultura de los derechos fundamentales (1991: 99)<sup>39</sup>. Sin ánimo exhaustivo, ya que ello en si mismo podría ser objeto de una tesis, en el presente texto defendemos, coincidiendo con Ihering (1852), Cruz (1991)<sup>40</sup>, y Rey (1994), un concepto de derecho fundamental que incluye sus dos vertientes: la material y la formal teniendo en cuenta que ambas perspectivas se complementan tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas imas ocasiones.

A grandes rasgos, y desde el punto de vista material, recordamos que como han señalado varios autores, y el mismo Tribunal Constitucional, se entenderá por derecho fundamental aquel derecho que responde a la visi3n que se tenga de éste hoy en día, es decir, que lo será el derecho que cultural y actualmente consideramos como un derecho fundamental<sup>41</sup>. Así, son derechos fundamentales aquellos considerados como tales por la conciencia y cultura jurídica. Los derechos fundamentales son hoy pues aquellos derechos que aseguran el desarrollo en libertad de la persona (Solozábal, 1991: 88). Para Luís Prieto Sanchís los derechos fundamentales deben contener dos elementos: uno teológico, según el cuál los derechos son la traducci3n jurídica de valores como la dignidad, la libertad o la igualdad introduciendo las aspiraciones de las personas al ámbito de la legalidad; y otro funcional, en cuya virtud los derechos asumen una cualidad legitimadora del poder. Los derechos en este caso son reglas fundamentales que miden la justificaci3n de las formas de organizaci3n política (1990: 20)<sup>42</sup>.

Desde el punto de vista formal el derecho fundamental se identifica por su grado de resistencia ante los poderes públicos, por su tutela judicial y por el grado de vinculaci3n a que se ve sometido el

---

<sup>39</sup> P. Haberle, "La garantía de los derechos fundamentales", en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1991), 99-ss.

<sup>40</sup> Pedro Cruz Villal3n, "El legislador de los derechos fundamentales", en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1991), 125-ss.

<sup>41</sup> P. Haberle, "La garantía de los derechos fundamentales", en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1991), 99-ss.

<sup>42</sup> L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid: Debate, 1991).

legislador (Alexy, 1993)<sup>43</sup>. Una vinculación que deriva del carácter normativo de la Constitución. Así, los autores que señalan que el derecho de propiedad no es un derecho fundamental lo hacen en base a que éste queda fuera de la protección judicial preferente, de la garantía de su regulación a través de ley orgánica, del recurso de amparo y de la reforma constitucional más grave<sup>44</sup>. El Tribunal Constitucional ha utilizado este criterio en sus decisiones con el fin de proporcionar seguridad en el procedimiento de identificación para su tutela (Rey, 1994: 122). La tutela judicial y la vinculación efectiva del legislador<sup>45</sup> son a nuestro entender los dos elementos claves que definen, desde el ámbito formal, un derecho fundamental. Existen numerosos estudios, con los que estamos de acuerdo, y algunos de ellos muy antiguos ya, que defienden que un interés o derecho no es jurídico si no cuenta con los procedimientos adecuados para su protección judicial (Ihering, 1852; Prieto Sanchís, 1991; ...).

A pesar de que el Tribunal Constitucional ha utilizado el criterio formal en sus decisiones para identificar qué derecho puede ser susceptible de recurso de amparo, por ejemplo, también ha recurrido al aspecto material del derecho de propiedad, sobre todo en lo que respecta al derecho de propiedad (STC 37/1987). El Tribunal Constitucional, como muchos autores defienden una visión de los derechos fundamentales en la que las dos vertientes deben complementarse. El aspecto formal por sí mismo no nos desvela gran cosa y el material tampoco. J. Solozábal apunta, muy acertadamente y englobando las dos vertientes de derecho fundamental, que los derechos fundamentales se protegen de acuerdo con su importancia pero que su importancia no viene determinada por su protección (1991: 87)<sup>46</sup>. Nosotros estamos de acuerdo pero pensamos que lo realmente importante es cuál va a ser la resistencia del derecho frente a los poderes públicos y cuál su grado de protección judicial. Para el presente análisis, para nosotros, lo relevante es esto y que un derecho fundamental es un derecho subjetivo directamente creado por la Constitución..

---

<sup>43</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEC, 1993).

<sup>44</sup> Pedro Cruz, que defiende un concepto amplio de derecho fundamental, precisa que el Tribunal Constitucional tan sólo recurre a la interpretación restrictiva de derecho fundamental excepcionalmente y en especial en referencia a la delimitación de ley orgánica (1989: 35).

<sup>45</sup> Nos referimos a lo que Alexy denomina resistencia o especial fortaleza del derecho frente a los poderes públicos y a la indisponibilidad para el legislador de su contenido esencial (1993).

<sup>46</sup> J.J. Solozábal, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *REDC* 71 (1991) 87-ss.

La mayoría de estudios sobre el derecho de propiedad empiezan por reconocer que el punto de partida para la exégesis del artículo 33.1 reside en establecer si nuestro ordenamiento constitucional consagra o no a la propiedad privada y el derecho a la herencia como auténticos derechos fundamentales (Pérez Luño, 1997: 511; Rey, 1994: 121; ...). Una parte de la doctrina entiende que el derecho de propiedad no es un derecho fundamental. Estas tesis parten de la noción de derecho de propiedad que se configuró en Italia a partir de los escritos de Giannini (1971)<sup>47</sup> i Rodota (1986)<sup>48</sup>. De acuerdo con estos autores la propiedad privada no es un derecho fundamental y su reconocimiento constitucional tan sólo significa una remisión al legislador ordinario para que éste determine por entero su régimen o, a lo sumo, implica la prohibición, en un futuro, de eliminar del todo el derecho de propiedad privada. Coincidiendo con Rey denominamos estas tesis “teorías de la devaluación de la propiedad” (1994: XXXI)<sup>49</sup>.

En nuestro país el Tribunal Constitucional en la sentencia 6/1988 apunta que “el derecho de propiedad y sus garantías, incluidos los límites constitucionales a la expropiación, no son susceptibles, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución del recurso de amparo...[pero ello no supone] la desprotección de tales derechos, sino sólo que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de protección reforzada que el art. 53.2 de la Constitución confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomendando a los Tribunales ordinarios, que a su vez tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad la tutela de tal derecho y sus garantías (FJ 4). Nosotros, coincidiendo con Pérez Luño (1997: 512) entendemos que de esta decisión de 1988 se extrae que se trata por tanto de una diferencia cuantitativa de las garantías, y que ello no puede llevar a que se cuestione la “cualidad” de “los otros derechos” (en su opinión también fundamentales) que gozan de otros medios de tutela. Así, debe mantenerse que la cantidad de las

---

<sup>47</sup> M.S. Giannini, “Basi costituzionali della proprietà privata”, *Politica del diritto* 4-5 (1971) 443-ss.

<sup>48</sup> Stefano Rodota, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid: Civitas, 1986).

<sup>49</sup> En este punto Rey también describe las tesis defendidas en Francia a partir de las teorías de Favoreu. Favoreu mantiene el carácter fundamental de la institución dominical, a la vez que observa el derecho subjetivo de propiedad como limitado. Así, para este autor, la propiedad no puede ser reducida, pero las propiedades sí. Nosotros, como Rey, no compartimos esta teoría (1994: XXXV).

garantías no puede definir lo que es un derecho fundamental<sup>50</sup>.

Fernando Rey<sup>51</sup> basa su obra, que a su vez fue su tesis doctoral, en mantener que el derecho de propiedad privada sí es un derecho fundamental, un derecho fundamental que debe construirse a partir de la prescripción constitucional del artículo 33 de la Constitución “y concordantes” --y no a partir, como hasta el momento que se entendía por una parte de la doctrina, de normas externas a la Constitución, como el Código Civil y las leyes especiales. Esta tesis de Fernando Rey, cada vez más extendida, es apoyada por Pérez Luño y en la mayoría de sus aspectos también por el presente texto.

Las razones por las que Pérez Luño considera que el derecho de propiedad privada es un derecho fundamental son: La propia inserción del derecho de propiedad en el título I que trata “de los derechos y deberes fundamentales”, que viene reforzado por lo que expresa el enunciado del capítulo cuarto: “garantías de las libertades y derechos fundamentales”. Este criterio, la verdad, a nosotros nos parece poco sostenible, aunque nos pese, ya que si no tendríamos que aceptar, cosa que parece de todo inabordable, que todos los intereses reconocidos en el capítulo III, son también derechos fundamentales, y es obvio que ni el Tribunal Constitucional ni el poder constituyente tenían intención de atribuir a los intereses del Capítulo III tal categoría.

Otro argumento en favor de la consideración del carácter fundamental del derecho de propiedad es el referente a sus instrumentos de garantía (Pérez Luño, 1997: 513). El hecho de que sea objeto de tutela a través del recurso de inconstitucionalidad de una ley o disposición normativa con fuerza de ley que no haya respetado el contenido esencial de la propiedad privada y que goce de la protección establecida en el artículo 53 para las distintas modalidades de derechos fundamentales implica que la diferencia de medios de tutela no supone negar la condición de derechos fundamentales a todos los que integren el título I, sino “el reconocimiento realista por parte del constituyente español de los diferentes presupuestos económico-sociales y técnico-jurídicos que concurran en la respectiva implantación de las

---

<sup>50</sup> Pérez Luño también defiende esta postura (1997: 512).

<sup>51</sup> Fernando Rey Martínez, *La propiedad privada en la Constitución española* (Madrid: CEC, 1994).

libertades individuales” (1997: 513) y ello explica que el derecho de propiedad se halle tutelado sólo por los instrumentos previstos por el apartado primero del artículo 53 (y no por los del apartado segundo).

Fernando Rey realiza una definición de derecho fundamental a partir de la cual determina que el derecho de propiedad es un derecho fundamental. Para este autor un derecho fundamental<sup>52</sup> es un derecho subjetivo directamente creado por la Constitución<sup>53</sup>, estrechamente emparentado<sup>54</sup> con la dignidad de la persona humana, en cuanto fundamento del orden político (art. 10.1 CE) y, por consiguiente de existencia imprescindible en un Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE), dotado de tutela judicial cuyo contenido esencial es indisponible para todos los poderes constituidos, incluido el legislador (1994: 140). Por lo tanto, a juicio de este autor, la propiedad es un derecho fundamental porque está dotada de tutela judicial, el legislador debe respetar, por mandato del artículo 53.1 CE, su contenido esencial, y además esa obligación puede ser escrutinada por el Tribunal Constitucional, como apuntaba Pérez Luño (1997: 513); y guarda una relación directa con la dignidad personal (Rey, 1994: 141).

En cuanto a la relación entre el derecho de propiedad y la dignidad personal existe también una amplia doctrina. A partir de sus tesis se discute si el derecho de propiedad es o no un derecho fundamental entendiendo por derecho fundamental un derecho subjetivo, individual. Pérez Luño escribe un que la doctrina que niega la significación de derecho fundamental al derecho de propiedad parte de una identificación entre la noción moderna de los derechos fundamentales y la clásica de las libertades individuales; olvidando que “precisamente la denominación de los derechos fundamentales surge como un intento de síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos públicos subjetivos y las exigencias implícitas en los derechos económicos, sociales y culturales. Lo que ocurre es que las nuevas coordenadas en las que hoy se mueve el derecho de propiedad, puestas de relieve al

---

<sup>52</sup> Aquí tan sólo se describe un breve extracto de la extraordinaria tesis de Fernando Rey y por ello creemos que es del todo incompleta. Por favor diríjase al texto original para ver su contenido completo ya que es más complejo y perfecto que lo que podamos escribir aquí (Rey, 1994: 140).

<sup>53</sup> A ello Rey añade: “siendo muy distintos los niveles de penetración legislativa legítima en la determinación del contenido” (1994: 140).

<sup>54</sup> Por estrechamente emparentado se refiere a. “de acuerdo con la “cultura jurídica de los derechos fundamentales” –la universal y la europea—en la que inserta nuestro ordenamiento” (Rey: 1994: 140).



tratar de sus presupuestos histórico-conceptuales, han determinado su progresivo trasvase desde el Plano de los derechos individuales al de los derechos sociales, más adecuado para asumir íntegramente su compleja problemática” (1997: 512). Nosotros nos inclinamos en por pensar que el derecho de propiedad es un derecho fundamental, aunque no sea hoy ya, como apunta Zagrebelsky<sup>55</sup>, el arquetipo de derecho fundamental (1985: 219)<sup>56</sup>. Es decir, mantenemos que, como apuntan los autores mencionados hasta aquí, que el derecho de propiedad es un derecho fundamental pero no un derecho fundamental en el sentido liberal e individualista pre-constitucional, si no un derecho fundamental, subjetivo, que debe definirse a partir de la Constitución.

Por otro lado, y para otros autores, como Montes (1980)<sup>57</sup>, la propiedad constituye un derecho de los ciudadanos no fundamental. Su tutela, añade el autor, es objeto de tutela exclusivamente a través del recurso de inconstitucionalidad de una ley o disposición normativa con fuerza de ley que no haya respetado el contenido esencial de la propiedad privada (1980: 161-162). Montes expone que el hecho de que la propiedad se sitúe entre los “derechos y deberes de los ciudadanos” de la Constitución indica que hoy la propiedad se aparta de la idea de “atributo de la personalidad”, que desde su punto de vista era consustancial con la idea individualista que recogió a el Código Civil.

Barnés Vázquez también califica al derecho de propiedad como un derecho, un derecho económico-social, pero no como un derecho fundamental. Para ello se basa en el hecho de que éste no goza para su protección de la garantía del recurso de amparo<sup>58</sup>. Este autor basa su calificación de derecho fundamental en un hecho cuantitativo: el número de garantías del que goza cada derecho, oponiéndose así a lo que opina Pérez Luño (1997: 511) o el mismo Tribunal Constitucional (STC 6/1988, FJ 4).

Coincidimos con Pérez Luño (1997: 511) cuando éste señala que el Tribunal Constitucional en

---

<sup>55</sup> G. Zagrebelsky, “Le droit de propriété dans les Jurisprudences constitutionnelles européennes – Italia”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* (1985), 219-ss.

<sup>56</sup> Este autor expresa que el derecho de propiedad no es ya la medida de todo, de la racionalidad general, ni la condición que legitima otras instituciones jurídicas. El derecho de propiedad debe coordinarse con otras ratios jurídicas y en ocasiones puede verse subordinado a éstas (Zagrebelsky, 1985: 141).

<sup>57</sup> V. L. Montes, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo* (Madrid : Civitas, 1980).

<sup>58</sup> J. Barnes Vázquez, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo o agrario* (Madrid: Civitas, 1988).

ningún momento ha manifestado que los derechos económicos y sociales constituyeran una categoría alternativa de los derechos fundamentales. Los derechos económicos y sociales son una de las modalidades o especies integradoras de tales derechos y entre ellos se encuentran derechos y libertades que gozan de un máximo de garantías como puede ser el de la libertad sindical que recoge el art. 28 CE (STC 18/1984, FJ 3).

La mayoría de tesis que niegan la categoría de fundamental al derecho de propiedad parten de una determinada doctrina italiana que ha desarrollado una teoría que defiende que el derecho de propiedad privada no es un derecho fundamental. La doctrina italiana sostiene que: el hecho de que la propiedad esté regulada en el título correspondiente a los *rapropiedad privada* *arti civili* conlleva una escisión en la ecuación propiedad-personalidad-libertad que implica que la propiedad ha dejado de ser el instrumento a través del cual el “hombre” se realiza, y por lo tanto ya no puede ser entendida como un derecho natural constitucionalizado. Ello además también comporta que la propiedad privada ha dejado de tener un contenido esencial inviolable. Ésta teoría, descrita por Prieto Barcellona (1977: 115-116)<sup>59</sup>, y tal y como apunta Pérez Luño (1997: 512-513), es de difícil transplante al derecho español --y al alemán, por cierto-- ya que en España, como en Alemania, el derecho de propiedad sí se encuentra inscrito en el título referido a los derechos fundamentales. En conclusión, aquí mantenemos --coincidiendo con Fernando Rey (1994), y con Pérez Luño (1997)-- que el derecho de propiedad es un derecho fundamental; un derecho fundamental que debe delimitarse partiendo del texto de la Constitución actual.

*(xxi) La propiedad privada como institución.*

El Tribunal Constitucional en la sentencia 26/1987, de 27 de febrero sobre autonomía universitaria --que responde a un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 11/1983, de 25 de agosto de Reforma Universitaria-- dispone que “Derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque ciertamente,

---

<sup>59</sup> P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico* (Napoli, 1977).

existan garantías institucionales que, como por ejemplo la autonomía local no están configuradas como derechos fundamentales”.

A partir de allí el Tribunal Constitucional establece que la autonomía universitaria tiene como justificación asegurar el respeto a la libertad académica, la libertad intelectual y que existen dos dimensiones de la libertad académica. A juicio del Tribunal Constitucional existe un “contenido esencial” de la autonomía universitaria que está formado por todos los elementos necesarios para el aseguramiento de la libertad académica”. Nosotros creemos que respecto el derecho de propiedad pueden hacerse afirmaciones similares teniendo en cuenta, claro está, que el derecho de propiedad no es un derecho fundamental como lo es la libertad de cátedra. Respecto el derecho de propiedad sin embargo también pueden observarse estas dos dimensiones tan relevantes ambas. La institucional y la subjetiva. Así el Tribunal Constitucional en la ya mencionada sentencia 37/1987 sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía el Tribunal Constitucional manifiesta que el derecho de propiedad cuenta con una doble dimensión, una institucional y otra individual – como derecho subjetivo que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación» . En la sentencia 11/1988, también del Tribunal Constitucional, también se afirma que el derecho de propiedad tiene dos vertientes una institucional y la otra individual; y así en numerosas sentencias. Díez Picazo y Ponce de León,, confirma lo ya establecido por nuestro Tribunal Constitucional: “El artículo 33 de la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada. El reconocimiento de este derecho, y de esta institución, no puede ser considerado aisladamente” (1991: 1257)<sup>60</sup>. Por lo tanto no nos extenderemos en afirmar una cosa que nos parece ya muy clara y poco conflictiva: la propiedad privada es también una institución.

*(xxii) La propiedad privada como un derecho subjetivo.*

El derecho de propiedad es un derecho subjetivo de acuerdo con la Constitución y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La primera sentencia que trata este tema en profundidad, la

---

<sup>60</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

celeberrima sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, como ya hemos apuntado anteriormente y volveremos a apuntar porque es necesario en muchos de nuestros argumentos determina que el derecho de propiedad es un derecho subjetivo. Ahora bien, el derecho de propiedad como derecho subjetivo disfruta de más o menos importancia, a veces se le denomina derecho subjetivo debilitado – por parte del Tribunal Constitucional o de una parte de la doctrina– derecho subjetivo que cede para convertirse en su equivalente económico si se presentan ciertas condiciones, pero en fin, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho de propiedad como un derecho subjetivo. En el análisis de las distintas propiedades veremos que en casi todos los casos el Tribunal Constitucional se refiere al derecho de propiedad como un derecho subjetivo, por ello, y para no repetirnos, nos remitimos a lo descrito allí. Aquí volvemos a insistir, claro está, en que el derecho de propiedad es un derecho subjetivo que viene determinado a partir de lo que establezca la Constitución.

También la doctrina reconoce el derecho de propiedad como un derecho fundamental: “Entre nosotros la ha recogido [la doctrina de la Pluralidad de propiedades] recientemente la sentencia del Tribunal constitucional, S. 37/1987, en el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de la Reforma Agraria de Andalucía. Se dice así en el fundamento jurídico segundo de dicha sentencia: “... la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide considerarla hoy como una figura reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el artículo 348 del CC, Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales, relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación de la institución dominical en una Pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso, De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o Plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae” (STC 37/1987, FJ 2) (Díez- Picazo y Ponce de León, 1991: 1250). Por lo tanto, a juicio de este autor “El artículo 33 de la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada” Un reconocimiento que “no puede ser

considerado aisladamente” (Díez Picazo y Ponce de León, 1991: 1257)<sup>61</sup>. También Pérez Luño sostiene que la propiedad es un derecho subjetivo. Que sea un derecho subjetivo es aceptable, de acuerdo con el razonamiento de este autor, porque a su modo de ver “la propia categoría de derecho subjetivo ha sufrido una profunda transformación” (Pérez Luño, 1997: 526). La concepción liberal atribuía a la propiedad un núcleo duro incondicionado de facultades, en cambio en el Estado social el reconocimiento del derecho se realiza en función también del interés del titular y además de acuerdo de las exigencias de la comunidad. “El derecho subjetivo de propiedad rebasa la esfera estricta de las libertades individuales para insertarse en la de los derechos fundamentales que, como se ha indicado, representan la integración de las libertades (en la propiedad, el conjunto de facultades subsistentes) y las nuevas exigencias propias de los derechos económicos, sociales y culturales (en la propiedad, los deberes implícitos en la función social)” (Pérez Luño, 1997: 526-527). Parte de la doctrina, entre ella el texto de Pérez Luño (1997: 527), sostiene que el problema no reside en cuestionarse si la propiedad es o no es un derecho subjetivo, que entienden que sí que lo es; el problema, para estos autores, está en definir qué es un derecho subjetivo, en perfilar un nuevo status de derecho subjetivo. En este caso el nuevo status de derecho subjetivo viene establecido por los valores superiores del ordenamiento. En el supuesto del derecho de propiedad los valores vienen concretados por su ubicación en el sistema de derechos fundamentales y por el carácter intrínseco de la función social.

Asimismo la sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre (RUMASA) el Tribunal Constitucional define el concepto de derecho subjetivo de propiedad privada y su alcance. Este derecho, manifiesta el Alto Tribunal, sólo alcanza hasta el contenido económico.

La sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983 manifiesta que el derecho de propiedad es un derecho debilitado<sup>62</sup>. Creemos que el Tribunal Constitucional por lo menos no se refería a la noción de derecho debilitado italiana ya que si no entonces estaríamos ante una situación totalmente distinta. La

---

<sup>61</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, propiedad privada. 1257-1270 en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991).

<sup>62</sup> “Esto es, como un derecho subjetivo debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en su equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el art. 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación” (STC 111/1983, FJ 8).

mayoría de la doctrina sostiene que esta definición del Tribunal Constitucional no fue acertada (Rey, 2000: 8-9)<sup>63</sup>. Si bien es cierto que el derecho de propiedad es “un derecho expuesto siempre a un sacrificio en aras de la utilidad pública o el interés social. Frente a otros tipos de derechos reconocidos en la Constitución, que no ceden nunca ante la utilidad pública o del interés social, el derecho de propiedad puede decaer” (Díez- Picazo y Ponce de León, 1991: 1268)<sup>64</sup> ello no significa que el derecho de propiedad sea un derecho debilitado: “Es en este sentido en el que hay que interpretar la indicación que en la sentencia de 2 de diciembre de 1983 hizo el Tribunal Constitucional, al afirmar que la propiedad es como derecho subjetivo público un derecho debilitado” (Díez- Picazo y Ponce de León, 1991: 1268).

Es decir el Tribunal Constitucional en esa sentencia se refería, queremos entender, junto con los autores citados, que el derecho de propiedad es un derecho que cede, en determinados casos – y sólo de acuerdo con lo establecido por la Constitución – para convertirse en su equivalente económico, pero que en realidad no se refería a la noción de derecho debilitado que surgió en Italia: “Es verdad que el calificativo era de oportunidad más que dudosa porque recordaba la categoría de los *diritti affievoliti* de que había hablado la doctrina, sentido en el que sin duda no lo es. Mas es cierto que lo es en el sistema constitucional, porque con palabras de la mencionada sentencia, cede cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación” (Díez- Picazo y Ponce de León, 1991: 1268).

En Italia ha surgido una doctrina que define como derecho debilitado aquel derecho que se tiene de manera “debilitada”, es decir que la Administración puede revocar. La doctrina se refiere por ejemplo a aquellos casos en que, por ejemplo se concede un permiso para instalar un kiosco o unas mesas de un bar en la calle. Este permiso si concurren otros intereses, por ejemplo que se haga una ampliación de la calle, puede ser revocado. El derecho a ubicar el kiosco allí pues era un derecho condicionado, debilitado. En España pues considerar que el derecho de propiedad es un derecho como el que tiene el

---

<sup>63</sup> Fernando Rey Martínez, “Derecho de propiedad privada”, (Documento policopiado, Madrid, 2000).

<sup>64</sup> L. Díez- Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín- Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

propietario del kiosco en Italia es poco sostenible ya que entendemos que la analogía no se produce<sup>65</sup>. Esta figura no puede trasladarse a España ya que en el Estado español este tipo de interés legítimo se considera como una variedad de auténtico derecho subjetivo (Rey, 1994: 200). Alessi por su parte manifiesta que debe distinguirse entre derecho debilitado y derecho de propiedad – que puede debilitarse ante exigencias públicas a través del procedimiento expropiatorio – pero que ello no lo convierte en la categoría de derecho debilitado (1970)<sup>66</sup>. En conclusión, y como se verá en el análisis de la jurisprudencia española, no podemos considerar que el derecho de propiedad sea un derecho subjetivo debilitado por más que pueda convertirse en su equivalente económico.

De la lectura del artículo 33 de la Constitución y de la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 se desprende que el derecho de propiedad no es un derecho subjetivo ilimitado, que este cuenta con una función social que forma parte de su contenido esencial. Ahora bien, en ningún momento el Tribunal Constitucional ha afirmado que el hecho que se incluya dentro de la delimitación constitucional del derecho de propiedad privada la función social significara que el derecho de propiedad no es un derecho fundamental como algunos autores defienden. En los capítulos en los que se describen las distintas propiedades, como derechos fundamentales y en relación a su función social veremos que el hecho que el derecho de propiedad incluya una determinada función social en cada uno de estos derechos no significa que el derecho de propiedad no sea un derecho subjetivo. El derecho de propiedad es un derecho fundamental y ello implica una serie de consecuencias bien determinadas que se definen en función de cada tipo de propiedad. A estos capítulos nos remitimos para no repetirnos aquí.

---

<sup>65</sup> O. Ranalletti, *Le garanzie della giustizia nella Pubblica Amministrazione* (Milano: Giuffrè, 1934).

<sup>66</sup> R. Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo* (Barcelona, 1970).

## 2. LA FUNCIÓN SOCIAL Y EL INTERES GENERAL COMO INSTRUMENTOS HABILITADORES DE LOS PODERES PÚBLICOS PARA INTRODUCIR POLÍTICAS DE DESARROLLO Y MEDIOAMBIENTALES Y DELIMITAR EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA (ES DECIR, LA FUNCIÓN SOCIAL Y EL INTERES GENERAL COMO PUNTOS DE PARTIDA Y DE “LLEGADA”).

### (i) Introducción.

† La Constitución en el artículo 33.2 determina que la función social del derecho de propiedad privada delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. Hoy existe pues un concepto de función social establecido en la Constitución que debe delimitar el derecho de propiedad. A pesar de que la Constitución no define qué es la función social en la presente investigación entendemos que el contenido de la función social debe adecuarse a lo que disponga la Constitución de acuerdo con una interpretación sistemática de ésta. La función social, sin embargo, no es un concepto que surja con la Constitución. Esta noción ya aparece en textos pre-constitucionales en nuestro país y en otros cercanos, como lo es Italia. Es más, la idea de función social procede, como indica Díez-Picazo, de la doctrina social de la Iglesia católica y se encuentra muy emparentada con los movimientos doctrinales tendentes a poner límite a la tradicional absolutividad del derecho de dominio (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1266)<sup>67</sup>.

† También la jurisprudencia constitucional ha ido definiendo respecto cada tipo de propiedad qué se

---

<sup>67</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.



entiende por función social. De momento nos referimos a la primera sentencia significativa respecto al derecho de propiedad y su función social, que como ya hemos indicado en más de una ocasión es la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 sobre la reforma agraria de Andalucía. Esta decisión establece que la «función social» es un elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada. La función social es un factor determinante de la delimitación legal del contenido del derecho de propiedad que pone de manifiesto que la Constitución recoge un derecho de propiedad que implica que la propietaria puede verse sometida a una serie de deberes y obligaciones que vendrán determinadas por las leyes con el fin de conseguir objetivos que responden a intereses sociales<sup>68</sup>. / /

El derecho de propiedad nunca fue ilimitado por más que un sector doctrinal quiera verlo así. El derecho de propiedad ha sido en algunos momentos de la historia el parámetro y punto de partida de la definición de libertad individual pero nunca un derecho al que no se le impusieran ningún tipo de límites. Desde luego hoy la delimitación del derecho de propiedad repercute en una regulación del derecho de propiedad que acaba siendo mucho más limitadora del derecho de propiedad que anteriormente pero ello ya había ocurrido antes. La diferencia está en que hoy, la función social es parte intrínseca del derecho de propiedad (STC 37/1987, FJ 2), mientras que antes las limitaciones al derecho de propiedad se entendían como cargas externas a ese derecho. Las limitaciones que a lo largo de la historia se han ido imponiendo al derecho de propiedad han llevado a que acabe surgiendo un concepto como el de función social. Así, podemos calificar como antecedente de lo que es hoy el concepto de función social la noción de abuso de derecho. Como indica Díez-Picazo: “Por diferentes vías se ha llegado a este punto [a la idea de función social]. Una de ellas, de necesario recordatorio, es la idea del abuso de derecho, que surgió precisamente para poner coto a los actos del propietario, caracterizables como actos de emulación, esto es, actos realizados con el fin de perjudicar a otro y sin propia utilidad, así como para poner coto a los posibles actos de contenido antisocial” (1991: 1266).

---

<sup>68</sup> “La función social es un factor determinante de la delimitación legal del contenido del derecho de propiedad que pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir” (STC 37/1987, FJ 2).

Ahora bien, hoy ya no es equiparable la noción de función social con la de abuso de derecho. El concepto de función social va mucho más allá y no puede confundirse tampoco con la noción de conducta antisocial. No es lo mismo una actuación de contenido social o favorable al interés social que una actuación de contenido “no antisocial”. Una propiedad disfrutada de acuerdo con el interés social requiere un grado más de responsabilidad y compromiso que una propiedad que es tan sólo “no antisocial”. Como indica Díez-Picazo ésta última es la que se reconocía cuando se instauró la figura de la prohibición del “abuso de derecho” mientras que una propiedad disfrutada de acuerdo con el interés social va mucho más lejos, y debe disfrutarse y reconocerse de acuerdo con lo que establezca la Constitución (Díez -Picazo y Ponce de León, 1991: 1266).

La función social, tampoco debe mezclarse con la noción de “deber moral” a pesar de que en su origen la noción de función social, construida por el pensamiento católico, respondía a la idea de “deber moral”. El objetivo del concepto de “deber moral” era tan sólo, en palabras del profesor Montes (1981 (citadas a su vez por Díez- Picazo (1991: 1266)), “templar la propiedad”. Entonces, la función social era considerada un dato externo a la estructura de la propiedad privada. La función social entraba en juego para el propietario tan sólo respecto del ejercicio de su derecho. Como señala el profesor Díez-Picazo: “La propiedad se inserta en un plano jerárquico, en el que el propietario, como sujeto, tiene que desarrollar unos fines determinados, que son ajenos a la estructura del derecho. De esta suerte, el reconocimiento de una función social, indiferente para la estructura del derecho, apenas índice en su definición normal” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1266). En conclusión, la función social actual no puede equipararse con la función social diseñada por el pensamiento católico ya que ésta ni mucho menos afectaba el contenido esencial del derecho de propiedad privada. Ésta tan sólo representaba una leve corrección externa respecto la propiedad, mientras que el propietario, seguía disfrutando de su derecho de propiedad sin ninguna afectación importante.

Posteriormente, de la noción de función social sostenida por el pensamiento católico se pasa a la idea de la “función legitimadora del principio de función social como punto de transacción entre ideologías de signo diverso” (Díez- Picazo, 1991: 1266 y Pérez Luño, 1997)<sup>69</sup>. Estos dos autores

---

<sup>69</sup> A.E. Pérez Luño, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997).

entienden --junto con C.Lasarte<sup>70</sup>-- que en realidad lo que ocurre es que se está utilizando una “fórmula polivalente”, la de la función social, con el fin de ofrecer la impresión de que ha habido un gran cambio en las estructuras socioeconómicas cuando en realidad la función social acaba desempeñando un papel bien diverso tal y como Díez-Picazo expresa ello tiene un fin concreto: “la protección misma del derecho de propiedad remodelado en su propia estructura capitalista para garantizar su supervivencia” (1991: 1267). Nosotros creemos que estos autores se están refiriendo a obras como los de los profesores Reich o Michelman, entre muchos otros que han escrito sobre la nueva propiedad – *the new property*-- que apuntan que, explicado muy vagamente, a través de la función social del derecho de propiedad los ciudadanos pueden exigir prestaciones sociales --*welfare*.

✦ Así hoy, la función social se ha ligado, en algunos casos, con el concepto de interés general (Barcellona, 1977 :119-120)<sup>71</sup> y otras con el bien común (Ruíz-Giménez: 316-317). Exactamente, lo que defiende P. Barcellona es --partiendo de la relación entre función social e interés general-- que si trazamos una distinción entre las nociones de interés general y función social, mientras la función social se refiera a una categoría indeterminada e indeterminable de sujetos, ésta se dirige a configurar las relaciones entre los sujetos propietarios y los sujetos no propietarios que están interesados directamente en el uso de los bienes concretos.

✦ Esta reflexión de Prieto Barcellona no nos parece en absoluto desencaminada. Como es sabido la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 determina que la propiedad vendrá delimitada por su función social de acuerdo con el interés general, y por ello se impusieron unas limitaciones muy serias a las propietarias de fincas rústicas sin que les correspondiera indemnización – ya que se trataba de una delimitación del derecho de propiedad agraria. En la sentencia 28/1999, de 8 de marzo (sobre un vecino molesto al que se le prohíbe habitar en su piso), el Tribunal Constitucional establece que en este caso las limitaciones a la propiedad que se imponen al vecino conflictivo se impusieron con el fin de

---

<sup>70</sup> C. Lasarte, “Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”, en A. López y López y C. Lasarte, *Programas y materiales de Derecho civil, III* (Sevilla, 1978) 103-ss.

<sup>71</sup> P. Barcelona, *Diritto privato e processo economico* (Napoli, 1977).

garantizar otras propiedades, y a raíz de sanciones civiles, y no por razones de función social<sup>72</sup>. Es decir, en este segundo caso no estamos ante la función social, ante unas limitaciones del derecho de propiedad “de acuerdo con su función social” si no más bien ante un supuesto de abuso de derecho<sup>73</sup>. Así podemos empezar a definir que es función social estableciendo lo que no es función social. El segundo supuesto pues no es función social. //

Las Leyes Fundamentales franquistas recogían ya el concepto de la función social de la propiedad privada. Se trataba de una función social aplicada a una propiedad privada que a su vez estaba regida en un sistema dictatorial. Así recogían el concepto de función social la Declaración XII del Fuero del Trabajo, artículo 30 del Fuero de los Españoles. El Principio X de los Principios del Movimiento Nacional,... con el rasgo común que todas estas normas condicionaban el reconocimiento del derecho de propiedad al cumplimiento de su función social subordinando todas las formas de propiedad al interés de la Nación. El Estado era el intérprete exclusivo de tal interés (Declaración XII del Fuero del Trabajo), y claro teniendo en cuenta que se trataba de un Estado sin ninguna legitimación democrática la función social era “la pantalla encubridora de los intereses de quienes detentaban el aparato estatal” (Pérez

---

<sup>72</sup> “Ahora bien, es claro que las libertades de circulación y residencia no confieren, como es natural, un poder jurídico omnímodo a favor de su titular, ya sea en orden a pasar por cualquier lugar, ya sea en orden a habitar en él. Así, la propiedad privada en cuanto garantía institucional (art. 33.1 CE), constituye un primer y evidente condicionamiento al ejercicio de tales libertades. De este modo, en lo que aquí nos interesa, debe tenerse presente que, para habitar lícitamente en un lugar es necesario disfrutar de algún derecho, cualquiera que sea su naturaleza, que habilite al sujeto para la realización de tal uso del bien en el que pretende establecerse. Por ello, el que la libre elección de domicilio forme parte del contenido de la libertad de residencia proclamada en el art. 19 CE, en modo alguno justifica conductas tales como «invadir propiedades ajenas o desconocer sin más legítimos derechos de uso de bienes inmuebles» (ATC 227/1983, fundamento jurídico 2) (STC 28/1999, FJ 7). De este modo, nos encontraríamos ante la privación de un derecho privado, el derecho de uso de una concreta vivienda, consecuencia del incumplimiento de deberes propios de una relación jurídico-co-privada, ...” (STC 28/1999, FJ 8).

<sup>73</sup> Como se verá en capítulos posteriores en este caso no estamos ante una expropiación forzosa sino ante una sanción legítima: “Este precepto ha sido objeto de control por parte de este Tribunal. Concretamente, en la STC 301/1993, como respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad en la que se planteaba la posible vulneración del derecho de propiedad (art. 33 CE) a través de lo dispuesto en dicho precepto legal, este Tribunal declaró que «el artículo cuestionado se refiere a un tipo de propiedad, el de la propiedad horizontal, en el que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares» (fundamento jurídico 3º). En el mismo fundamento jurídico se concluía declarando que en el citado precepto «no se configura, en efecto, una expropiación forzosa -en el sentido constitucional del concepto- sino una específica sanción civil o, más precisamente, una obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido por los órganos judiciales -que no ejercen potestad expropiatoria alguna- cuando se constate determinada conculcación del ordenamiento y basta con advertirlo así para concluir en que la regla legal no está afectada por los vicios de inconstitucionalidad que sugiere el Auto de planteamiento: la privación de uso se fundamenta en la comisión de un ilícito y no cabe echar en falta en su regulación, por lo tanto, ni la invocación de una causa expropiandi de utilidad pública o interés social -rigurosamente extravagante al supuesto- ni la previsión de una indemnización por la privación misma, que contradiría, como es obvio, el repetido alcance sancionador de la medida» (STC 28/1999, FJ 6).

Luño, 1997: 523).

Por ello puede afirmarse que la función social es una figura que ha recogido doctrina diversa desde posturas antagónicas --que van desde posturas de izquierdas a ideologías fascistas. Algunas tesis, como pasa con el concepto de desarrollo sostenible --respecto al desarrollo "capitalista"-- critican el concepto de función social de la propiedad privada sosteniendo que es una artimaña de la propia estructura capitalista para garantizar su supervivencia (Lasarte, 1978: 103)<sup>74</sup>. Hoy, en nuestro ordenamiento, la interpretación sistemática de la Constitución, recuerda Pérez Luño, exige situar la función social en "un Estado social y democrático de Derecho", conectarla con los valores superiores informadores del estatuto de los derechos fundamentales y de la Constitución económica (1997: 522).

Coincidiendo con Díez -Picazo (1991) y Pérez Luño (1997) aquí tam bién se mantiene que la crítica que se hace de la función ideológica de la función social no puede generalizarse, "ni predicarse sin matices respecto al significado que la idea tiene en los diversos sistemas jurídico-políticos" (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1267). Como indica Díez-Picazo, "es verdad que la idea de la función social preserva a la propiedad en un sistema económico que continúa siendo capitalista, pero es verdad también que la interpretación sistemática de la Constitución exige situar la función social dentro del Estado social y democrático de Derecho" (1991: 1267)<sup>75</sup>. En el presente texto se apunta además que esa interpretación sistemática de la Constitución exige incluir al medio ambiente dentro de la función social de la propiedad privada "Esto significa el reconocimiento de que el derecho de propiedad no está puesto exclusivamente al servicio del interés de su titular, sino que entraña el reconocimiento de que en la situación de propiedad se concitan o pueden reconocerse otros intereses distintos y un interés público general" (Díez -Picazo y Ponce de León, 1991: 1267). Entre ellos el interés medio ambiente.

† Hoy el reconocimiento de la existencia de intereses distintos de los del propietario en la situación

---

<sup>74</sup> C. Lassarte, "Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad", propiedad privada. 103-ss en A. López y López y C. Lasarte, *Programas y materiales de Derecho civil, III* (Sevilla, 1978).

<sup>75</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

de propiedad, impone la existencia de límites o limitaciones, a los que directamente alude el artículo 32 de la Constitución. “El ejercicio del derecho de propiedad no debe lesionar intereses sociales y el ámbito de sus facultades se ve reducido por no poder ejercerse en detrimento de los intereses colectivos” (Díez- Picazo y Ponce de León, 1991: 1267). Ésa óptica descrita por Díez- Picazo (1991) recogiendo las palabras de Pérez Luño (1997) entiende la función social como un límite externo y a su vez a ella se contraponen otra dirección doctrinal que tanto a Díez- Picazo (1991) como a Pérez Luño les parece más acorde con la disciplina surgida de la Constitución: “Que considera la función social como interiorizada en el derecho, que, a partir de este momento, no es sólo un conjunto de facultades suficiente o convenientemente delimitadas, sino también una fuente de especiales deberes de conducta que recaen sobre el propietario” (Díez- Picazo y Ponce de León, 1991: 1267).

La función social que recoge la Constitución además debe entenderse respecto de la institución misma de la propiedad y no como una función social ligada a los bienes: “Habrá que señalar además que aunque la función social se predica de la propiedad como institución, no es escindible del tipo concreto de propiedad legalmente configurado y, por ello, de la función social que pueda asignarse a los bienes, aunque haya que convenir en afirmar que la función social la cumplen los bienes, es tanto como desnaturalizar el fenómeno” (Díez- Picazo y Ponce de León, 1991: 1267). Pérez Luño percibe que existen también multiplicidad de significados del término “función social” y que técnicamente pueden apreciarse dos acepciones: Una de carácter descriptivo, que sostiene que la propiedad siempre ha cumplido una función social, aunque lo que ha cambiado en cada época ha sido el contenido y alcance de la función (Bassols y Gómez-Ferrer, 1977: 24)<sup>76</sup>, y otra significación prescriptiva como criterio delimitador de la propiedad ligado al pensamiento católico (Ruíz- Giménez, 161)<sup>77</sup>. Duguit contribuyó también a consagrar la expresión, proponiendo que la función social de la propiedad era necesaria para justificar cualquier tipo de riqueza (142)<sup>78</sup>” (Pérez Luño, 1997: 522).

† El Tribunal Constitucional por su parte afirma que la función social es un elemento que la

---

<sup>76</sup> M. Bassols y R. Gómez-Ferrer, *La vinculación de la propiedad privada por los planes administrativos* (Madrid, 1977).

<sup>77</sup> J. Ruiz-Giménez, *La propiedad. Sus problemas y su función social. Volumen II* (Salamanca-Madrid, 1962).

<sup>78</sup> L. Duguit, *Transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*.

propiedad privada lleva intrínseca. Por ello el propietario deberá soportar determinadas situaciones sin que tenga derecho a ningún tipo de indemnización (STC 37/1987). Lo que se trata de proteger con la "función social" que se aplica es lo que disponen – en el caso de la STC 28/1999-- los artículos 14, 39.1 y el 47; es decir, el principio de igualdad, la familia, cualquier familia, y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada: "Es, sobre todo, de inexcusable consideración que la mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 CE) cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata (art. 39.1 de la propia Norma constitucional) y ya se ha dicho que la familia es, para la Constitución, objeto de protección en sí misma y que la norma que así lo quiere no puede ser, por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio. Tampoco cabe olvidar, en fin, que la subrogación arrendaticia que consideramos es una de las posibles modalidades de realización del principio rector según el cual "todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" (art. 47 CE), principio que exige del legislador - y de este Tribunal, al controlar sus normas- una atención específica a los imperativos que sobre él proyecta el art. 14 de la Norma fundamental. La subrogación es disponible para el legislador, pero, una vez instituida, no puede ser conferida con daño a la igualdad sin menoscabar, al propio tiempo, lo que prescribe este art. 47 (STC 28/1999, FJ 7). Es decir, en cada caso se determinará – como se verá en los capítulos siguientes-- la función social en relación al tipo de bien sobre el que recaiga el derecho de propiedad. //

*(ii) ¿Quién determina la función social?*

Para Rodota la función social implica la realización de un máximo bienestar colectivo que sea compatible con los derechos individuales del propietario. Barcellona, entre otros, entiende que la función social, en un sistema democrático, debe ser definida por el legislativo --y no por los poderes públicos y en segundo término por la judicatura--, que, como representante de la voluntad popular, interpretará los objetivos sociales. En la Constitución española debe seguirse esta línea ya que así viene determinado por el artículo 33.2 que dispone que la delimitación del contenido del derecho de propiedad a través de su función social se realizará "de acuerdo con las leyes" --estableciendo así, la reserva de ley también para el derecho de propiedad.

- De acuerdo con el artículo 33.2 la función social delimitará el contenido del derecho de propiedad, de la propiedad. El Tribunal Constitucional afirma que el legislador puede definir y delimitar en que

consiste la función social en relación a la regulación del derecho de propiedad (STC 37/1987). El Tribunal Supremo --(sentencia de 26 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª))-- en el caso en que la Asociación de Agricultores y Ganaderos (ASAGA) de la provincia de Cádiz, y el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, recurren la sentencia de la sala contencioso administrativo del TSJ de Andalucía de 26 de mayo de 1989 que desestimaba la pretensión de declaración de nulidad de dos Decretos de 1985 del Consejo de Gobierno de la junta de Andalucía sobre declaración de las Comarcas de la Campiña de Cádiz y de Medina-Sidonia (Cádiz) de Reforma Agraria ésta podía hacer tales declaraciones teniendo en cuenta que los dos Decretos tienen su base legal en el art. 17 de la Ley de Reforma Agraria de Andalucía de 1984 (FJ 4). El tribunal determina que el Consejo del Gobierno andaluz “con el fin de realizar un estudio jurídico, social y económico de la comarca en la que pretenda actuar y para abrir el período de consulta e información”, por Decreto puede declarar la Comarca de Reforma Agraria, expresando el perímetro provisional de la comarca, las medidas cautelares que se consideren necesarias para salvar los impedimentos que entorpezcan o imposibiliten las actuaciones de la Administración... ya que existe cobertura legal suficiente (sentencia de 26 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª)).

↓ Así debe interpretarse, respecto la delimitación del derecho de propiedad agraria que ésta debe basarse en “La previsión legal de restricciones a las ahora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible al derecho de propiedad...”. En este caso el TSS se basa, una vez más, en los artículos 128.1, 40, 45, y 130 de la Constitución. Todo ello sin perjuicio de que si alguna norma sobrepasa “el estricto contenido social esencial al derecho de propiedad individual” pueda darse la posibilidad de impugnar (FJ 5). Los Decretos tan sólo definen un perímetro provisional para asegurar el adecuado ejercicio de la explotación agraria y exige que se aporten los datos reales de aprovechamiento de las explotaciones de los últimos cinco años. Ello no tiene carácter retroactivo ni es contrario a la Constitución, ni implica una presunción de culpabilidad (sentencia de 26 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 5)).

En la sentencia 6/1991 (que cuestiona una vez más la expropiación de la empresa Rumasa, SA) el Tribunal Constitucional manifiesta que es el legislador el que determinará cuándo se da la expropiación, en que circunstancias, cuál es la *causa expropriandi* y más concretamente como se ve delimitado el contenido esencial del derecho de propiedad. Todo ello (la expropiación, la determinación de la causa expropriandi, la delimitación de la propiedad,...) deberá hacerse de acuerdo con la Constitución, y en



concreto con el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional además precisa que será éste el que controlará la constitucionalidad de la actuación del legislador. De ello se desprende pues, que el Alto Tribunal entiende que el derecho de propiedad es un derecho que configura el legislador pero que existe un mínimo, fijado en la Constitución, que el legislador deberá respetar. Por ello en este texto se defiende que la Constitución determina unos mínimos respecto el derecho de propiedad, los derechos de propiedad, y que éstos deben ser respetados. A ello añadimos, y deducimos por lo tanto, que el derecho de propiedad no es un derecho de configuración legal ya que existen unos parámetros ya establecidos en la Constitución que deben respetarse. Si no fuese así, ¿en que momento cree el Tribunal Constitucional que debería intervenir?

//

El Tribunal Constitucional vuelve a ocuparse de la constitucionalidad de la Ley 7/1983, de 29 de junio, sobre expropiación del grupo Rumasa, esta vez a consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por la AP Madrid (sección 7), respecto de los artículos 1 y 2 de la Ley por posible vulneración de los artículos 14 y 33.3 CE. El Tribunal Constitucional declara que los artículos no vulneran la Constitución. De la sentencia puede extraerse lo siguiente respecto a la propiedad financiera: En este caso el orden y la estabilidad financiera son parte de la función social de este tipo de propiedades. Es decir, este tipo de propiedades deben disfrutarse de manera que no perjudiquen a este orden y a la estabilidad, de modo que si no se respeta (en alto grado se entiende) este tipo de propiedades pueden ser expropiados. Los intereses de otros propietarios también forman parte de este tipo de propiedad --de los trabajadores y accionistas, se entiende que accionistas minoritarios. Fue para proteger el orden económico financiero (interés público) y también a otros propietarios-particulares (accionistas-trabajadores,...) (interés particular), en un momento en que las actuaciones del Sr. Ruíz Mateos amenazaban este orden a raíz de que no existía una legislación adecuada que lo regulara y limitara. "caso singular que atiende a una situación extraordinaria de grave incidencia en el interés de la comunidad, comprometiendo por el riesgo de la estabilidad del sistema financiero y la preservación de otros intereses, que reclamaron, junto a una acción inmediata que no podía ponerse a la utilización de mecanismos legislativos ordinarios, la actuación global de la técnica expropiatoria"... "la excepcionalidad de la situación creada, comprometedor del sistema financiero,... "objetiva razonabilidad y proporcionalidad de la singularidad de la expropiación, así como de su causa expropiandi..." (SSTC 111/1983 y 166/1986)".

/,

La sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, sobre la Ley de Costas establece respecto a la función social: La función social de la propiedad con arreglo a la cual las leyes han de delimitar su

contenido propio de ésta, opera, en efecto, no sólo en abstracto, por así decir, para establecer su contenido de la institución constitucionalmente garantizada, sino también en concreto, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae. Lo que viene a decir el Tribunal Constitucional, o por lo menos esto es lo que aquí se interpreta es: ¿ Si no se puede delimitar la propiedad en éste sentido entonces en qué consiste la función social de la propiedad privada? ¿ En qué queda la función social de la propiedad si no?

### **3. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN SOCIAL COMO ELEMENTO ESENCIAL E INTRINSECO DE LA PROPIEDAD PRIVADA.**

*(i) Criterios para la determinación de la función social. Principio de proporcionalidad e interpretación sistemática de la Constitución.*

↓ La función social, no es ni clara ni unívoca. ¿ En base a qué se determina la función social? ¿ Cuáles deben ser los criterios? ¿ A partir de qué artículos? ¿ Influye el bien sobre el que recae la propiedad? En el presente texto defendemos, coincidiendo con Pérez Luño (1997: 527)<sup>79</sup>, que lo más acertado es optar por una interpretación sistemática de la Constitución. La cuestión entonces es definir y establecer “qué entra” en ese análisis sistemático. Qué se entiende por análisis sistemático de la CE. ¿ Deberá tenerse en cuenta el artículo 128.1 CE, el sometimiento de los recursos naturales al interés general? ¿ el medio ambiente? ¿ otros derechos fundamentales? ¿ qué quedaría fuera? Con el análisis sistemático Pérez Luño cree que quedará establecido el marco referencial delimitador del contenido esencial de la propiedad (1997: 527). De este modo, continúa Pérez Luño, “la propia idea de función

---

<sup>79</sup> A.E. Pérez Luño, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997).

social, lejos de ser un paradigma de ambigüedad, halla su precisión significativa en su nexos con los principios del Estado social y democrático de Derecho, con los valores informadores del estatuto de los derechos fundamentales y con las normas de la Constitución económica (Pérez Luño, 1997: 527). ¿Por qué la Constitución económica y los derechos fundamentales? ¿Por qué no? ¿Por qué no se añade, el medio ambiente? ¿O es que este ya entendemos que se encuentra dentro de la Constitución económica? Nosotros creemos que sí.

La función social es, pues, un factor delimitador, a su vez delimitado por otros criterios, sin que ello implique la disminución de su relevancia como mandato constitucional para el legislador. El legislador para fijar el contenido esencial de la propiedad a partir de todos los criterios reseñados debe reglamentar la titularidad de disfrute de los bienes en función de los intereses sociales y colectivos (Pérez Luño, 1997: 527-528). A nuestro entender --y después de haber analizado la legislación y jurisprudencia española-- esa delimitación del derecho de propiedad y de cuál deben ser los elementos integrantes de la función social viene determinada en función del bien al que el derecho de propiedad afecte.

Coincidimos con la afirmación de Fernando Rey que reza que la función social es una cláusula general y no un concepto jurídico indeterminado. Es decir, la fijación de su contenido no consiente una interpretación jurídica unívoca -- como señalaba Pérez Luño (1997: 527-528) -- no actúa en las relaciones entre la ley y la administración si no que se determina en el ámbito constituyente-legislador (Rey, 2000: 13)<sup>80</sup>. Así para este autor, la función social es una reserva de ley reforzada -- “y no una fórmula-resumen de todas las limitaciones de la propiedad” / Rey, como Pérez Luño, o nosotros, también opina que la función social es un mandato de ponderación objetiva que exige al legislador una específica configuración dominical dirigida a asegurar la función social de cada tipo o categoría de bienes. Esta configuración, entiende Rey, permite diversos desarrollos en virtud del pluralismo político que después puede verse sujeto a examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional utiliza el juicio de la proporcionalidad para analizar estos casos (2000: 13). Ahora bien, proporcionalidad ¿respecto a qué? ¿qué preceptos se han incluido en el juicio de proporcionalidad y cuáles se han excluido? En los capítulos que estudiamos cada tipo de

---

<sup>80</sup> Fernando Rey Martínez, “Derecho de propiedad privada”, (Documento policopiado, Madrid, 2000).

derecho de propiedad hemos hecho un análisis también de estas interpretaciones constitucionales y hemos visto cuales han sido las prioridades por parte del legislador y del constituyente para determinar la función social de la propiedad privada.

Fernando Rey apunta que los criterios de la función social del derecho de propiedad de acuerdo con la doctrina vienen determinados a partir de un criterio sistemático en conformidad con los principios rectores del Capítulo Tercero del Título Primero y con distintos preceptos del Título Séptimo relativos a la economía (2000: 13). Nosotros opinamos que si bien como criterio general esta versión es muy útil creemos que la determinación de la función social del derecho de propiedad es mucho más compleja y debe estudiarse caso por caso en relación al tipo de bien sobre el que recaiga. La determinación de la función social varía realmente dependiendo del bien al que afecte. El mismo autor critica la determinación de la función social que realizan la mayoría de la doctrina en el sentido de que la noción de función social ha sido utilizada por parte del Tribunal Constitucional para vaciar de contenido la utilidad individual del derecho de propiedad – y cita como ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional 89/1994 que nosotros también examinamos más adelante en los capítulos sobre las distintas propiedades. En este caso en que la propietaria de un inmueble que cobra una renta minsa frente al que ella abona para pagar su alquiler el Tribunal Constitucional no consideró que la regulación no vulneraba el principio de igualdad ni el derecho de propiedad ya que se trataba de situaciones distintas. “El TC no sólo no encontró contrario a la igualdad y propiedad constitucionales la existencia de dos regímenes legales arrendaticios que permitían tan absurda e injusta situación, sino que, como agudamente en el voto particular de A. Rodríguez Bereijo, el Tribunal Constitucional empleó la fórmula de la función social como una exigencia de que el Estado realice la política social a costa de los derechos de los particulares incluso aunque el beneficio de la medida no recaiga sobre la sociedad en su conjunto, sino sobre una categoría de ciudadanos – en este caso, los inquilinos de la vetusta LAU--, tratándose además de una medida de la que no siempre se puede probar su necesidad social” (Rey, 2000: 14).

Pues bien, nosotros a pesar de estar en casi todo de acuerdo con el excelente trabajo de Fernando Rey y sus tesis, como no podría ser de otra manera, aquí nos atrevemos a discrepar. En este caso la decisión del Tribunal Constitucional no nos parece descabellada del todo ya que entendemos que el Tribunal reconoce la injusticia pero está apoyando las decisiones del legislador en esa dirección. Nosotros entendemos que estamos ante una valoración política. El legislador decide diferenciar entre arrendador y arrendatario y tal diferencia es constitucional, declara y ha declarado el Tribunal

Constitucional en muchas ocasiones, ya que estamos ante situaciones distintas: la arrendataria no se encuentra en la misma situación privilegiada en que está normalmente la arrendadora. Diferenciar entre estas dos situaciones no nos parece un disparate, por lo menos no nos parece lo suficientemente arbitrario como para que el Tribunal Constitucional dicte la inconstitucionalidad de la LAU. Naturalmente la concreta situación del caso la encontramos injusta y debería solucionarse pero debemos preguntarnos si debe ser anulada toda ley que lleve a la creación de una situación injusta en alguna de sus aplicaciones.

El sentido común nos lleva a pensar que sí, que una Ley no debe llevar a que se creen situaciones injustas en ningún caso, pero ¿qué pasa si estas diferencias se crean en el ámbito económico y no el de los derechos fundamentales especialmente protegidos? ¿cualquier diferenciación que sea “injusta” deberá llevar a la anulación de la ley o de esa parte de la ley que crea la injusticia o de esa omisión de la ley que no crea la justicia? Nosotros entendemos que no. El Tribunal Constitucional en casi todas las sentencias sobre propiedad privada, y sobre aspectos económicos, ha utilizado una técnica interpretativa de acuerdo con el *mere scrutiny*. Es decir, mientras la norma no fuera arbitraria ésta no se anula ya que no estamos ante un derecho fundamental especialmente protegido. La interpretación del principio de igualdad en relación a intereses y derechos económicos se ha basado en el hecho de que la norma no fuera arbitraria, si no lo es, la norma no será inconstitucional. La carga de la prueba además debe recaer en el que impugne la norma.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 37/1987 sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía declaró que las diferencias entre arrendador y arrendatario eran constitucionales ya que se basaban en situaciones distintas y en una de ellas además se estaba cumpliendo con la función social de la propiedad privada agraria: la arrendataria agraria que explota la finca utiliza la propiedad de acuerdo con la función social de ésta. En la sentencia 6/199, sobre la expropiación de la empresa Rumasa, SA, el Tribunal Constitucional mantiene que es el legislador el que debe fijar cuándo se da la expropiación y cuál es la función social de la propiedad privada en cada caso. Ahora bien esa delimitación del derecho de propiedad deberá hacerse conforme con la Constitución, y en concreto con el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional además precisa que será éste el que controlará la constitucionalidad de la actuación del legislador.

(ii) ¿Forma parte la función social del contenido esencial del derecho de propiedad privada? ¿Es la

*función social un criterio delimitador del contenido del derecho de propiedad?*

En virtud de lo que se ha anunciado hasta el momento no es difícil adivinar que sí, que la función social forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad privada. El Tribunal Constitucional así lo declara desde la primera sentencia importante sobre propiedad privada – STC 37/1987. La función social es además un criterio delimitador del contenido del derecho de propiedad. La regulación del derecho de propiedad debe hacerse teniendo en cuenta la función social. La función social es además parte intrínseca del derecho de propiedad, de su contenido esencial – STC 37/1987. Como señala Pérez Luño la función social “no sólo implica la existencia de límites sociales al ejercicio del derecho, sino condicionamientos internos que redimensionan su significado” (1997: 525)<sup>81</sup>. Díez-Picazo<sup>82</sup> y V. Montes<sup>83</sup> consideran que la función social del derecho y de los bienes sobre que recae, es el criterio delimitador del contenido de situación jurídica de propiedad y el criterio de surgimiento de los deberes legales del propietario. La función social es, para estos autores, “la clave de la configuración legal o el principio ordenador de las intervenciones legales” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1267). La función social es un principio ordenador que aplicado en concreto puede llevar, creemos junto con autores como Díez-Picazo, a un planteamiento público del goce de los bienes en propiedad, que, realizado con carácter general y sin la imposición de sacrificios especiales, parece conforme con los dictados de la Constitución (1991: 1267).

En esta línea tenemos pues que pueden imponerse límites al goce de la propiedad en atención al destino económico asignable a los bienes. El mismo autor expone que en el sistema absolutista de la propiedad, propio de la tradición liberal, determinar el destino económico del bien era obra de la individual acción del propietario. “Un propietario podía destinar su finca o su heredad a fines agrícolas, o forestales, a coto de caza, a actividades de puro solaz y recreo. Podía tener o no tener en cuenta la inserción de su propiedad en un conjunto histórico-artístico o en un conjunto paisajístico. La

---

<sup>81</sup> A.E. Pérez Luño, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997).

<sup>82</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

<sup>83</sup> V. L. Montes, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo* (Madrid: Civitas, 1980).

cláusula de la función social permite la intervención legislativa en el destino económico y la decisión de este destino en cualquiera de las líneas antes reseñadas” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1267)<sup>84</sup>. Fernando Rey por su parte entiende que el uso de la propiedad privada debe servir al mismo tiempo y no exclusivamente al bien común (2000: 14). Nosotros estamos de acuerdo con ambos. Ahora cabría preguntarse también, ¿qué es el bien común? El bien común debe fijarse, entendemos, de acuerdo con la Constitución y en función de las opciones políticas que en cada momento cada legislador encuentre oportunas.

En resumen, la mayoría de autores conciben el apartado 2 del artículo 33 CE como un criterio delimitador del contenido del derecho de propiedad, entre ellos también Pérez Luño (1997: 522). Lasarte denuncia, como hacía Fernando Rey, que la función social se utiliza con una ambivalencia tal que “nos hace dudar de su validez” Ésta debería utilizarse “con un cierto sentido técnico y no como una mera licencia del lenguaje que tenga por misión definir lo indefinible” (Lasarte, 1978: 141)<sup>85</sup>. Prieto Barcellona expone: cuando el titular de un derecho puede ejercerlo dentro de un espacio limitado ello significa que seguirá ejerciendo ese derecho dentro de ese espacio; en cambio, si se dice que el derecho contiene, aparte de sus facultades, un deber ello implica que incluso dentro de ese espacio, y además de ejercer el derecho – sus poderes y facultades--, el titular seguirá sujeto al deber (1977: 157-158)<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Y continua: “En un sistema de tradición absolutista la facultad de edificar en los suelos no edificados, o de demoler para reedificar, pertenece a la libre esfera de acción de cada propietario. La cláusula de la función social permite consagrar la idea, entre nosotros implantada ya desde la Ley del Suelo de 1956, de que el contenido de edificabilidad no se encuentra ínsito en el derecho de propiedad y le es atributo por la función legislativa de manera directa o a través de los Planes de ordenación” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1268).

<sup>85</sup> C. Lasarte, “Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”, en A. López y López y C. Lasarte, *Programas y materiales de Derecho civil, III* (Sevilla, 1978) 103-ss.

<sup>86</sup> P. Barcelona, *Diritto privato e processo economico* (Napoli, 1977).

*(iii) La función social no desconstitucionaliza el derecho de propiedad. El derecho de propiedad privada no es función social.*

El Tribunal Constitucional, así como algunos autores, entre ellos Pérez Luño (1997: 526) precisan que la dimensión individual de la propiedad no puede verse anulada por su función institucional. Es verdad que la propiedad lleva intrínsecas una serie de funciones sociales, pero, “la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual de tal derecho (STC 37/1987, FJ 2). Respecto a la función social de la propiedad inmobiliaria el TC, en la sentencia 89/1994, ha aceptado que el legislador pueda establecer “una limitación de esa propiedad”, pero esa limitación nunca puede conllevar: “un vaciamiento o desfiguración” de la propiedad, sino que debe “contribuir (con mayor o menos fortuna, según las distintas teorías económicas) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado” (FJ 5).

En la sentencia 37/1987, sobre la Ley del Parlamento de Andalucía núm. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, el Tribunal Constitucional afirma que la habilitación que realiza la Ley en el artículo 2 que permite a la Administración Autonómica imponer deberes positivos a los propietarios de tierras rústicas, y la expropiación de las facultades de uso y disfrute que la Ley prevé en los artículos. 3, 15.1 y 20 no afectan el núcleo básico de la propiedad. En el fundamento jurídico segundo el Tribunal Constitucional manifiesta que la propiedad privada está reconocida en el art. 33 de la Constitución y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su «contenido esencial», en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 del propio Texto constitucional. El problema radica, sin embargo, en determinar cuál sea ese contenido esencial precisa la sentencia. Ahora bien, en lo que insiste la sentencia y remarcamos aquí es en señalar que el derecho de propiedad es un derecho subjetivo, individual, con dos vertientes, una también institucional, pero que ello no significa, de ningún modo, que estemos ante un derecho de propiedad que sea función social. El Tribunal Constitucional ha manifestado también en la misma sentencia que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como



perteneciente al tipo constitucionalmente descrito. La incorporación de tales exigencias responde a principios Constitución (también al de desarrollo sostenible): Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la Ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula (STC 37/1987).

Por otra parte es claro, en consecuencia, que, de acuerdo con las Leyes, corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes. También lo es que tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y que la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada ya que la propiedad privada, hoy goza de una doble dimensión --como institución y como derecho individual ("De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recaer" (STC 37/1987, FJ 2).

En esta decisión el Tribunal Constitucional además para definir lo que es el contenido esencial de la propiedad agraria acude a dos criterios, uno histórico (historia reciente que se consolida con la aprobación de la Constitución) y otro sistemático, que tiene en cuenta otros intereses aparte de los individuales y a partir de ésta definición apunta que la función social es hoy un elemento estructural de la propiedad privada y afirma que la Constitución reconoce el derecho de propiedad pero a su vez establece respecto a 'este una serie de deberes y obligaciones. La dimensión social de la propiedad privada responde a exigencias de la propia Constitución. La dimensión social de la propiedad privada no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho de propiedad (STC 37/1987, FJ 2).

Así concluimos también como lo hace Pérez Luño que "de lo expuesto se desprende que no se comparte aquí el juicio de quienes consideran que el apartado 2 del artículo 33 implica "la práctica

desconstitucionalizaci3n” de la propiedad”. Coincidiendo con este autor no creemos que sea sostenible desde la teorfa de la hermen6utica constitucional y abocada en la pr6ctica a servir de justificaci3n a sucesivas desconstitucionalizaciones de los restantes derechos fundamentales la tesis de que la funci3n social desconstitucionaliza el derecho de propiedad (P6rez Lu6o, 1997: 528). ¶ Algunos autores, entre ellos Peces-Barba (1978: 30)<sup>87</sup>, en un inicio defendieron que el establecimiento de la funci3n social en el artfculo 33 de la Constituci3n por parte del constituyente significaba la pr6ctica desconstitucionalizaci3n del derecho de propiedad, entendido como derecho subjetivo. La literatura m6s reciente (P6rez Lu6o, Df ez-Picazo, Rey, ...) ha sostenido opiniones opuestas que reconocen en el derecho de propiedad un derecho subjetivo, pero un derecho subjetivo que debe ser interpretado de acuerdo con la Constituci3n<sup>88</sup>, un derecho subjetivo actualizado que tiene eficacia y que se ejercer6 en el marco de un Estado social. Asf la funci3n social tiene dos vertientes respecto a la propiedad privada: una axiol3gica, que ya se ha descrito, y otra que es que la funci3n social incide directamente en la naturaleza jurfdica del derecho de propiedad pero que no por ello lo vacfa de contenido (STC 37/1987).

¶ Duguit, influenciado por A. Comte<sup>89</sup>, defiende que frente a la noci3n de la propiedad como derecho subjetivo, esto es, como un derecho individual intangible y absoluto del propietario, la funci3n social implica un empleo de las riquezas conforme a su destino. Es decir, el propietario tiene la obligaci3n de emplear la riqueza que posea en mantener y aumentar la interdependencia social, convirti6ndose en un “funcionario”, cumpliendo en la sociedad una determinada responsabilidad de acuerdo con ella y con la propiedad que ostente. ¶ Las ideas de Duguit han llevado a que algunos autores crean que existe una incompatibilidad entre funci3n social y derecho de propiedad, entendido como derecho subjetivo. En Espa6a, concretamente, los Planteamientos surgen --mejor dicho, por su

---

<sup>87</sup> G. Peces-Barba, “La nueva Constituci3n espa6ola desde la filosoffa del Derecho”, *Documentaci3n Administrativa* 180 (1978): 30-ss.

<sup>88</sup> Asf, Rodota sostiene que la funci3n social no es una “norma en blanco” que el constituyente haya atribuido al legislador ordinario que 6ste pueda ostentar discrecionalmente. Todo lo contrario, subraya, la funci3n social contiene en sf misma criterios de actuaci3n que el legislador ordinario deber6 observar y habr6 de hacerlos explfcitos en el caso concreto (1967: 138).

<sup>89</sup> Algunos autores incluso creen que Duguit plagi3 a A. Comte (i.e.: J. Pabon S. de Urbina, *positivismo y propiedad* (Madrid, 1925)).

antigüedad en la mayoría de los casos, “surgieron”-- en tres sentidos: unas teorías, por ejemplo la que expone Albaladejo (1977: 247) defienden una concepción clásica del derecho de propiedad e interpretan a la función social como meramente una indicación externa, programática sin ninguna consecuencia concreta respecto al goce del derecho de propiedad; otras, también sostienen que la función social es un elemento externo, que condiciona la propiedad privada pero sin que ello implique una modificación del derecho subjetivo de propiedad. Es decir, se afirma que la propiedad *tiene* una función social, pero no que *sea* una función social. La propiedad existe para servir al propietario pero su ejercicio no puede lesionar directamente intereses sociales (Castán Tobeñas (1962), Hernández-Gil (1967),...) (Pérez Luño, 1997: 522-525). El TC español ha corregido reiteradamente estas teorías insistiendo en el hecho que la función social forma parte del contenido esencial de la propiedad privada pero que el derecho de propiedad no es función social.

Por último están las posturas que interpretan que la propiedad, además de ser una situación jurídica compleja y un derecho subjetivo, conlleva en sí misma una función social. De acuerdo con estas tesis, defendidas entre otros por Díez-Picazo (1964: 37)<sup>90</sup>, Pérez Luño (1997: 525) y Montes(1980: 143 y 189)<sup>91</sup>, el disfrute de la propiedad lleva aparejada facultades y deberes. El derecho subjetivo no supone una atribución unilateral de facultades, sino un conjunto de facultades y deberes cuyo alcance depende del tipo de bien objeto del derecho de propiedad. Por ello el propietario puede verse inmiscuido en perseguir intereses ajenos a los suyos (Pérez Luño (1997), Escribano Collado (1979)<sup>92</sup> y Lasarte (1978)<sup>93</sup>).

Para Pérez Luño la función social de la propiedad privada tiene un “contenido normativo” derivado de la Constitución. A su parecer, y coincidiendo con la jurisprudencia constitucional, el artículo 33.2 CE otorga a la función social el rango de criterio delimitador de la propiedad y por lo tanto, concluye que la propiedad *es* una función social (1997: 525). De momento, y por prudencia, no

---

<sup>90</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Problemas jurídicos del urbanismo”, *RAP* 43 (1964).

<sup>91</sup> V. L. Montes, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo* (Madrid: Civitas, 1980).

<sup>92</sup> P. Escribano Collado, *La propiedad urbana* (Madrid, 1979).

<sup>93</sup> C. Lassarte, “Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”, *propiedad privada*. 103-ss en A. López y López y C. Lasarte, *Programas y materiales de Derecho civil, III* (Sevilla, 1978).

nos parece del todo adecuado adherirnos a esta última tesis de Pérez Luño. En el presente texto se sostiene que la propiedad es un derecho fundamental, un derecho fundamental y que lleva aparejada una función social de manera intrínseca, pero de ahí a que sea una función social tampoco lo vemos tan claro. Además, si fuese así, ¿qué consecuencias distintas a lo que ha establecido el TC --al afirmar que la función social es parte intrínseca de la propiedad privada, no que la propiedad privada sea función social-- implica el hecho de declarar que la propiedad privada es función social? ¿La delimitación expropiación-limitación del derecho queda ajustada de algún otro modo? Si fuese así ¿por qué?

† El Tribunal Supremo, en la sentencia de 21 de febrero de 1981 (sala cuarta), afirma que la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales de los que integran la constelación de derechos de la personalidad amparado en la cobertura legal que le proporciona el Código Civil (arts. 348, 349 y 350) y la propia Constitución española (art. 33)". A primera vista, en cambio y a diferencia del Tribunal Supremo parece que el TC haya otorgado mayor relevancia a la función social --recordamos que la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, FJ 2 dispone que "el contenido esencial de la propiedad privada... debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo". Ahora bien, nosotros entendemos que -- a diferencia de lo que opina Pérez Luño-- una cosa es que el Tribunal Constitucional diga que la función social es parte integrante, intrínseca de la función social y la otra es que se pueda aceptar que la propiedad es función social, a menos que Pérez Luño se este refiriendo --que es en realidad lo que se puede deducir de la globalidad de su excelente texto-- a que la propiedad privada es función social, pero además es muchas otras cosas (un derecho subjetivo, un derecho fundamental,...).

(iv) *La propiedad como instrumento para la introducción efectiva de los derechos sociales. El caso americano.*

En Estados Unidos existe una doctrina --que ahora ya no defienden con tanto entusiasmo ni sus mismos autores-- que establece que el concepto de nueva propiedad. En base a la noción de *new property* que defendieron Reich y el profesor de Harvard Michael Michelman, en base al derecho de propiedad las personas podían exigir su parcela de prestaciones sociales. Hoy estos autores se inclinan más por un concepto de propiedad que incluya externalidades y no tanto ya por el concepto de *new*

property. Aquí tan sólo queríamos dejar constancia de este movimiento sobre la nueva propiedad que fue clave para ir más allá en las reflexiones sobre la propiedad privada.

Para concluir también mencionamos que Pérez Luño finaliza su artículo sobre la propiedad privada realizando una afirmación que a nosotros nos parece próxima a la noción de nueva propiedad: “La Constitución, en suma, reconoce a la propiedad privada como un derecho fundamental, lo que implica que no extiende su protección a la libertad individual de apropiación exclusiva, excluyente e ilimitada de bienes, sino al derecho de participación en los frutos del proceso económico que garantice a todos el pleno desarrollo de sus capacidades, de acuerdo con los valores superiores de un ordenamiento que se define a sí mismo como “social y democrático” (Pérez Luño, 1997: 540-541).

En resumen, lo que queremos anotar aquí muy brevemente – ya que nos detendremos un poco más en ello cuando describamos la propiedad en Estados Unidos-- es que hoy el concepto de nueva propiedad ni que nos parece muy interesante no tiene la fuerza que tenía anteriormente y ahora no nos sirve para exponer en que consiste actualmente el derecho de propiedad. El concepto de nueva propiedad es útil para defender la eficacia de las prestaciones sociales – especialmente en Estados Unidos dónde éstas están olvidadas y las diferencias sociales son tan abismales—y por ello deben estudiarse en una investigación que vaya en este sentido. Aquí, nuestro trabajo va en otra dirección.

*(v) ¿Es el medio ambiente función social?*

El medio ambiente es función social y forma parte por lo tanto del contenido esencial del derecho de propiedad privada. Esta afirmación que ahora podemos realizar de manera teórica, una vez visto el análisis de la jurisprudencia española, el lector podrá comprobar que el criterio medio ambiente está presente en casi todas las delimitaciones legales del derecho de propiedad y en casi todas las sentencias de nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria. Por lo tanto afirmar que el medio ambiente forma parte de la función social de la propiedad privada y de la delimitación del derecho de propiedad no nos parece un disparate. Y yendo más lejos aquí defendemos que el concepto actual de derecho de propiedad, conforme con la Constitución, y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe incluir el interés medio ambiente. La delimitación del derecho de propiedad debe realizarse conforme al concepto de desarrollo sostenible. A ello sólo añadimos que prueba de ello es la jurisprudencia española que se analiza en los capítulos posteriores. Propiedad y medio ambiente, propiedad y

desarrollo sostenible deben analizarse conjuntamente.

➤ Para concluir anotamos un par de sentencias que van en esa dirección y que confirman nuestra teoría. En la sentencia 37/1987 el Tribunal Constitucional manifiesta que uno de los elementos que deben tenerse en cuenta en la delimitación de la propiedad privada y por lo tanto de su función social es el medio ambiente y asimismo la garantía del desarrollo de todos los sectores económicos. En la sentencia de 23 de octubre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>) --sobre propiedad urbana-- este Tribunal mantiene que al ser la legislación aplicable, entonces, la TRLS, anterior a la Constitución, por ello debería interpretarse 'esta de acuerdo con la Constitución y que la propiedad urbanística en concreto debe incluir "los principios inspiradores reflejados en la CE, que en el 'ámbito urbanístico aparecen expresados en los artículos. 3, 45, 46 y 47. Así, el derecho de propiedad privada quedará delimitado en su contenido por su función social, debiendo los poderes públicos proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente,... así como conservar y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico, regulando la utilización del suelo, de acuerdo con el interés general, participando la comunidad de las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

➤ El Tribunal Constitucional en la también importante sentencia 149/1991, de 4 de julio sobre la Ley de Costas añade: "D) Esta naturaleza y estas características de la zona marítimo-terrestre no se reducen, como es bien sabido, al simple hecho físico de ser esa zona el espacio en el que entran en contacto el mar y la tierra. De esa situación derivan una serie de funciones sociales que la Carta Europea del Litoral resume, en el primero de sus apartados, señalando que es esencial para el mantenimiento de los equilibrios naturales que condicionan la vida humana, ocupa un lugar estratégico en el desarrollo económico y en la reestructuración de la economía mundial, es soporte de las actividades económicas y sociales que crean empleo para la población residente, es indispensable para el recreo físico y psíquico de las poblaciones sometidas a la presión creciente de la vida urbana y ocupa un lugar esencial en las satisfacciones estéticas y culturales de la persona humana. Para servir a estas funciones el legislador estatal no sólo está facultado, sino obligado, a proteger el demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica, como su uso público y sus valores paisajísticos. Estas finalidades que ampara el art. 45 C.E. no pueden alcanzarse, sin embargo, sin limitar o condicionar de algún modo las utilidades del demanio y el uso que sus propietarios pueden hacer de los terrenos colindantes con él y, en consecuencia, tampoco sin incidir sobre la competencia que para la ordenación del territorio ostentan las Comunidades Autónomas

costeras. Esta incidencia está legitimada, en lo que al espacio demanial se refiere, por la titularidad estatal del mismo. En lo que toca a los terrenos colindantes es claro, sin embargo, que tal titularidad no existe y que la articulación entre la obligación estatal de proteger las características propias del dominio público marítimo-terrestre y asegurar su libre uso público, de una parte, y la competencia autonómica sobre la ordenación territorial, de la otra, ha de hacerse por otra vía, apoyándose en otras competencias reservadas al Estado en exclusiva por el art. 149.1 de la C.E. Entre éstas, y aparte otras competencias sectoriales que legitiman la acción normativa e incluso ejecutiva del Estado en supuestos concretos (así las enunciadas en los párrafos 4.º, 8.º, 13.º, 20.º, 21.º ó 24.º del citado art. 149.1 C.E.), son dos los títulos competenciales, por así decir generales, a los que se ha de acudir para resolver conforme a la Constitución el problema que plantea la antes mencionada articulación". La propiedad privada incluye, concluimos, como elemento principal de su delimitación el medio ambiente y el concepto de desarrollo sostenible.

#### **4. LA FUNCIÓN SOCIAL EN LAS DISTINTAS PROPIEDADES.**

##### ***4.1. LA FUNCIÓN SOCIAL EN LA PROPIEDAD AGRARIA.***

###### *(i) Introducción.*

La función social es un elemento estructural de la propiedad privada y la utilidad meramente individual de ésta también (STC 37/1987, FJ 2). El Tribunal Constitucional no está manifestando que ninguno de los dos elementos quede por encima del otro. En ninguna sentencia lo hace.

En la decisión 37/1987, en que se analiza la constitucionalidad de la Ley que regula la propiedad agraria, el Tribunal Constitucional insiste en que interés individual e interés social están en un mismo nivel. El Alto Tribunal subraya la relevancia de la función social respecto la delimitación de la propiedad, que la considera determinante; y finalmente realiza una interpretación sistemática de la Constitución y recuerda que en el análisis de la propiedad, o por lo menos de la propiedad agraria, para delimitar su contenido esencial (STC 37/1987, FJ 2), es preciso tener en cuenta otros derechos e intereses. En esta decisión en concreto (sobre propiedad agraria) el Tribunal Constitucional enumera los siguientes artículos de la Constitución: el 128.1 (subordina toda la riqueza del país al interés general, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad), el 40 (que impone a todos los poderes públicos la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico para lograr una distribución de la renta más equitativa), el 45 (que protege los intereses y “derechos” medioambientales y dispone que todos los poderes públicos deben velar para que los recursos naturales se utilicen de manera racional) y el 130 (que exige a los poderes públicos que atiendan a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, también al sector agrario y ganadero) (STC 37/1987, FJ 2).

En la ya mencionada sentencia de 26 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo --(Sala 3<sup>a</sup>, Sección 6<sup>a</sup>) (sobre derecho propiedad agraria y la Ley de Reforma Agraria de Andalucía) (FJ 4)-- se confirman esos intereses como parte de la función social de la propiedad privada agraria y como elemento determinante para delimitar el derecho de propiedad, que nunca podrá ser eliminado del todo en cuanto a su subjetividad. Para el máximo interprete de la Constitución la «función social» es un “factor determinante de la delimitación legal de su contenido”<sup>94</sup>. Ello pone de manifiesto, subraya el Tribunal Constitucional, que “la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general” (STC 37/1987, FJ 2). Y con ello el Tribunal reconoce que existe una pluralidad de propiedades que vendrán definidas por su

---

<sup>94</sup> “Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir” (STC 37/1987, FJ 2).



objeto.

Las consecuencias que a juicio del Tribunal Constitucional se desprenden del hecho de incluir función social en la propiedad privada son: “Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en un mandato para los poderes públicos en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada [...]” (STC 37/1987, FJ 2). En cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito”

La incorporación de tales exigencias responde a principios y mandatos recogidos directa o indirectamente en la Constitución (también al de desarrollo sostenible): “Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la Ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula”.

En el caso de la propiedad agraria la prioridad es el desarrollo económico (sostenible) del sector agrario – mientras que en otro tipo de propiedades, como la urbana o la financiera, quizás porque el factor económico ya está más asegurado (bueno con la financiera lo que se pretende es estabilidad sobre todo...), el desarrollo económico no es el primer interés que se menciona. En la propiedad agrícola, generalmente, no existe la escasez de suelo que existe para con la propiedad urbana. El problema es otro, mantener ese sector económicamente viable y sostenible, sin que malogre el paisaje. Por eso las prioridades no son las mismas que para con la propiedad urbana, sencillamente por eso. El Tribunal Constitucional apoya nuestras reflexiones: “En lo que concierne a la restricción o moralización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos al titular, la transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo

que es f3cilmente explicable, entre otras razones, por el car3cter no renovable o naturalmente limitado en su extensi3n de este tipo de bienes y por la trascendencia econ3mica que ofrece como soporte f3sico de las actividades productivas (STC 37/1987, FJ 2).

En la propiedad agraria el objetivo, las limitaciones a la propiedad, se realizan con el fin de asegurar un desarrollo sostenible del campo (sentencia de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>, Secci3n 5<sup>a</sup>)). Los Tribunales casi nunca utilizan exactamente el concepto "desarrollo sostenible", pero en el presente texto interpretamos que 3stos se refieren a este tipo de desarrollo, un desarrollo que quede garantizado econ3micamente a medio y largo plazo y respetuoso con el medio ambiente, teniendo en cuenta otros intereses como el empleo y las generaciones futuras. Ya que si no, si s3lo se buscara el desarrollo a corto plazo y sin tener en cuenta el paisaje ni el medio ambiente, entonces se permitir3an todo tipo de construcciones y sin l3mite en el campo. A corto plazo, por lo menos para el propietario-constructor, ser3a lo m3s rentable.

En la sentencia de la AT de C3ceres de 11 de octubre de 1988 (sala contencioso administrativo) recurrida por Doña ML y en la que resuelve el recurso (la sentencia de 26 de abril de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>, Secci3n 2<sup>a</sup>)) se entiende como funci3n social de la propiedad agraria la creaci3n de empleo y el uso racional de las fincas r3sticas para que garanticen la creaci3n de tal empleo. En este caso el objetivo de la funci3n social es primordialmente crear empleo. La sentencia de 28 de mayo de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sala contencioso-administrativo) en la que un propietario pretende realizar obras enormes en las islas para establecer un sistema de cultivo en terrazas el Tribunal establece que la propiedad agraria incluye la protecci3n del paisaje agr3cola tradicional.

Uno de los aspectos m3s relevantes que puede extraerse de la definici3n del contenido esencial del derecho de propiedad – y de la funci3n social que forma parte de 3sta-- es que a partir de ella podr3n establecerse m3s claramente los criterios para distinguir una mera delimitaci3n del derecho de propiedad de una limitaci3n que puede llevar a que se requiera el procedimiento expropiatorio y por lo tanto una indemnizaci3n. Los Tribunales han seguido para cada caso un criterio distinto, aqu3 intentamos apuntarlos partiendo --nos parece imprescindible-- de los hechos.

La sentencia 37/1987 como es sabido analiza la Ley de Reforma Agraria de Andaluc3a. En ella se encuentran distintos aspectos que los recurrentes creen que son susceptibles de vulnerar el derecho de propiedad recogido en la Constituci3n. 3stos son, a grandes rasgos, tres:

El hecho que se impongan cultivos concretos o procedimientos determinados con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de la tierra es considerado una regulación general del derecho de propiedad agraria legítima y constitucional.

El primer supuesto parte del hecho que en el artículo 2 de la Ley se habilite a la Administración -- la Administración Autonómica-- para que sea ésta la que fije los criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos” y “establecer las medidas a adoptar para la protección del suelo y la conservación de la naturaleza”. En otras palabras: existe la posibilidad de que la Administración Autonómica imponga cultivos determinados y procedimientos de cultivo concretos (art. 2 de la Ley de Reforma Agraria de Andalucía) a las propietarias.

Los recurrentes, aparte de objetar aspectos formales, respecto al art. 2 de la Ley --que opinan que infringe la reserva de Ley en materia de propiedad establecida en los artículos 33.2 y 53.1 de la Constitución<sup>95</sup>-- consideran “inadmisible o irrazonable” (STC 37/1987, FJ 3) toda limitación que implique la obligación de practicar cultivos determinados. Para los Senadores ello es contrario al contenido esencial del derecho de propiedad privada (“por resultar socialmente inadmisibile e irrazonable”). También entienden contrario al derecho de propiedad privada que se impongan procedimientos de cultivo concretos. Éstos opinan que ello reduce de forma excesiva la libertad de empresa, ya que, al no indicar la Ley cuáles son los «criterios objetivos» que la Administración puede establecer, está admitiendo aquella posibilidad» ” (STC 37/1987, FJ 3).

El Tribunal Constitucional desacredita los argumentos de los recurrentes. En la sentencia el Tribunal contesta que teniendo en cuenta que en todo caso los criterios para limitar la propiedad, para fijar cultivos y procedimientos, serán fijados en un futuro no pueden todavía juzgarse éstos y que en todo caso ya se analizarán en su momento. De ello se desprende pues que el Tribunal Constitucional acepta que sea la Administración la que fije los criterios de indemnización” (STC 37/1987, FJ 3)<sup>96</sup> y que

---

<sup>95</sup> “Porque habilita incondicionalmente a la Administración Autonómica para «fijar criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos» y «establecer las medidas a adoptar para la protección del suelo y la conservación de la naturaleza» ” (STC 37/1987, FJ 3).

<sup>96</sup> “Esta última parte de la objeción carece de fundamento, pues, en efecto, la posibilidad de que los poderes públicos fijen criterios de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos no ha sido en si misma discutida en este punto, sino que sólo se consideran inconstitucionales ciertos criterios que en el futuro podrían acaso adoptarse o imponerse en virtud del art. 2 de la Ley. Pero si, como admiten los recurrentes, no es posible saber, a tenor de este precepto, qué tipo de criterios

de momento, por lo menos partiendo de la simple lectura de la Ley, no estamos ante una limitación de la propiedad que exija un procedimiento expropiatorio (y una indemnización); si no que estamos ante una mera delimitación del derecho de propiedad agraria. Estas restricciones por lo tanto, no vulneran su contenido esencial.

La posibilidad de que pueda darse --en el caso de que un propietario incumpla la función social de la propiedad agraria, en un futuro, y si se dan las circunstancias-- una expropiación del uso de la propiedad, un arrendamiento forzoso o una expropiación forzosa; lo que es la regulación de la posibilidad en sí, es una delimitación del derecho de propiedad conforme con la Constitución que no vulnera su contenido esencial.

En el fundamento jurídico cuarto de la STC 37/1987 se analizan si son constitucionales las previsiones de la Ley que permiten la expropiación de las facultades de uso y disfrute en caso que se incumpla la función social de la propiedad agraria. El Tribunal Constitucional opina que no: "Tampoco resulta aceptable el alegato relativo a la infracción del contenido esencial de la propiedad privada por la expropiación de las facultades de uso y disfrute que la Ley de Reforma Agraria prevé, en los artículos 3, 15, 20 y 28, como sanción al incumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra" (STC 37/1987, FJ 4).

En concreto los recurrentes se refieren a la situación que plantea el artículo 20 de la Ley de Reforma Agraria. En el precepto se establece el arrendamiento forzoso o convenio forestal forzoso con el IARA en que, conforme al art. 20.2 c), tiene un plazo de duración de doce años. Transcurrido el plazo "eventualmente se pueda producir una nueva expropiación temporal porque el titular reincida en el incumplimiento de la función social de su propiedad" (STC 37/1987, FJ 4). Los recurrentes sostienen que ello equivale a una prórroga indefinida de dicho plazo. El Tribunal Constitucional lo desmiente (STC 37/1987, FJ 4).

A nuestro entender lo que establece el Tribunal Constitucional, y la Ley, es que no estamos

---

puede, en definitiva, imponer la Administración Autonómica, resulta contradictorio afirmar que la citada norma legal es ya inconstitucional porque está permitiendo, en principio, que se impongan limitaciones inconstitucionales a la propiedad privada" » " (STC 37/1987, FJ 3).

realmente ante una expropiación (sino ante un arrendamiento forzoso o convenio forestal), o si lo estamos el precio fijado es un poco extraño ya que normalmente la expropiación debe contemplar una indemnización después de realizarse un procedimiento de justiprecio del que aquí no se habla. El Tribunal Constitucional manifiesta que esta limitación --a la que él sigue llamando "expropiación"-- no es inconstitucional ya que respecto a ella se contempla una contraprestación económica (aunque no una indemnización): "En segundo lugar, el arrendamiento o convenio forzoso genera una contraprestación económica en favor del propietario conforme a unos valores expropiatorios establecidos no en la Ley de Reforma Agraria, sino en la legislación estatal a la que ésta se remite, y que en sí mismos no han sido cuestionados por los recurrentes" (STC 37/1987, FJ 4).

El art. 20.2 c), de la Ley andaluza permite además a la Administración Autonómica, en ciertos casos, acordar la expropiación plena del dominio durante el período de vigencia del arrendamiento o convenio forzoso. Ahora bien, para ello será necesario, precisa la Ley, "no sólo que concurra una nueva y excepcional causa expropiandi, determinada por la existencia de «graves motivos de orden económico y social», sino que además esta nueva intervención expropiatoria habrá de comportar la correspondiente indemnización por lo que no puede afirmarse que las fincas objeto de arrendamiento o convenio forzoso estén sometidas a unas expectativas de expropiación total más intensas que las demás" (STC 37/1987, FJ 4). La posibilidad pues de que en un futuro se dé una expropiación plena del dominio contemplada en la Ley, tan sólo la posibilidad en sí, no implica expropiación, ni es limitación compensable ahora en ningún sentido. Cosa distinta será que en un futuro esa expropiación realmente se dé.

A todo ello se añade una especie de derecho de reversión, que no es un derecho de reversión en sí exactamente porque tampoco se dio una expropiación propiamente en los casos de arrendamiento o convenio forzoso que es que: "si al finalizar el período de arrendamiento o convenio forzoso la finca no ha experimentado mejora alguna, que es precisamente la finalidad que la Ley persigue, sino que incluso se han producido daños o lesiones que menoscaben su valor económico, el propietario podrá exigir, en su caso, las oportunas responsabilidades patrimoniales conforme a la legislación general, como se subraya en el escrito del Parlamento de Andalucía" (STC 37/1987, FJ 4). No es un derecho de reversión propiamente porque más bien estaríamos ante una situación de responsabilidad patrimonial de la Administración por afligir a la propietaria daños y perjuicios sin justificación alguna.

Por todo ello el Tribunal Constitucional concluye que: "No puede sostenerse, por tanto, que el

propietario, sancionado por el incumplimiento de la función social legalmente exigible, se vea privado de toda utilidad económica durante el tiempo que dure la expropiación del uso y disfrute de sus tierras” (STC 37/1987, FJ 4). Lo que está manifestando el Tribunal es pues que mientras exista una utilidad económica, por pequeña que ésta sea, no estamos ante una expropiación (indemnizable) si no ante una mera regulación del derecho de propiedad, por más que se haya limitado el uso de esa propiedad (a través de un arrendamiento forzoso, convenio sobre el uso,...).

En este segundo supuesto, recogido en el fundamento jurídico cuarto, del texto de la sentencia se deduce que de acuerdo con el Tribunal Constitucional para que se dé la expropiación --expropiación “indemnizable” se entiende, debido a que el Tribunal Constitucional, distingue entre expropiación en general y expropiación que implica indemnización)-- debe haber una extracción total de la propiedad. La expropiación -- el Tribunal Constitucional utiliza este término “expropiación” (nosotros creemos que debería haber utilizado la palabra limitación en este caso)-- de meras facultades de uso y disfrute no implican, a juicio del Tribunal, de hecho una expropiación total del dominio: “Ahora bien, los recurrentes yerran cuando afirman que a priori toda expropiación de las meras facultades de uso y disfrute implica de hecho una expropiación total del dominio” (STC 37/1987, FJ 4). Este criterio se aplica también a las fincas manifiestamente mejorables y el Tribunal Constitucional lo confirma. Es constitucional no indemnizar cuando se niega el uso de la finca si no se expropia completamente (STC 37/1987, FJ 4)<sup>97</sup>.

¿Cómo sabemos que no estamos realmente ante una limitación sobre la propiedad tan grave que impide cualquier beneficio económico sobre ella y supone una expropiación completa de ésta? El Tribunal Constitucional expone su decisión: “Que la privación de las facultades de uso y disfrute no supone por sí misma una ablación plena de la propiedad, lo demuestra simplemente el hecho de que tales facultades son domino volente perfectamente separables de la titularidad del propietario y enajenables a un tercero, sin que por ello pierda aquél su señorío sobre el bien” (STC 37/1987, FJ 4).

---

<sup>97</sup> “y no resulta convincente tampoco la argumentación aportada para intentar demostrar que es esta expropiación total o plena, sin adecuada indemnización, la que se contiene en la regulación de la expropiación del uso y disfrute establecida por la Ley andaluza recurrida, regulación que, por añadidura, es sustancialmente igual a la prevista en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, que sirve de modelo y a la que reenvía en aspectos esenciales el art. 20 de aquélla” (STC 37/1987, FJ 4).

El Tribunal Constitucional lo que está afirmando es de hecho que una expropiación no plena es constitucional, pero bueno creemos que debería haber dicho que una limitación del derecho de propiedad sin indemnización si ésta limitación no es total es constitucional ni que no se entienda como expropiación, ni que no se indemnice.

A continuación en la sentencia se describe como la Ley de Expropiación Forzosa ya reconoce este tipo de expropiación; pero a lo que realmente se refiere el Tribunal Constitucional parece que es a limitaciones que no implican indemnización. Lo que es importante, por lo menos para los propietarios, no es si se les denomina expropiación o no, lo importante es si se les va indemnizar y que si no fuese así que si ello implica que se entienda vulnerado el contenido esencial de su derecho de propiedad (asumiendo que la causa expropiandi es correcta)<sup>98</sup>. Nosotros opinamos que esta alusión concreta a la expropiación parcial que recoge la sentencia es inadecuada en este caso.

El Tribunal Constitucional considera que no equivale a una expropiación material el hecho que se delimite el contenido del derecho propiedad agraria, no equivale a un despojo de esa propiedad: “Por otra parte, este Tribunal no puede compartir la afirmación de que la *expropiación* del uso regulada en la Ley de Reforma Agraria viene a despojar al propietario de la totalidad de su derecho, en el sentido material de pérdida de toda utilidad económica” [el subrayado es nuestro] (STC 37/1987, FJ 4).

Para el Tribunal Constitucional tan sólo estaríamos ante una regulación inconstitucional si se expropiase el bien y no se contemplase indemnización alguna. En este supuesto estaríamos ante una expropiación incluso en el caso que se privase sólo parcialmente las facultades del propietario si estas implicaran en realidad la negación de todo contenido útil del dominio, privándolo totalmente y sin una indemnización (STC 37/1987, FJ 4).<sup>99</sup> Ahora bien, para que se dé la expropiación el Tribunal Constitucional requiere que se observe si existe o no algún tipo de aprovechamiento económico o de rentabilidad una vez se ha realizado la operación de expropiación (a la que nosotros entendemos que

---

<sup>98</sup> “Por lo demás este tipo de expropiación no plena está reconocido y regulado en nuestro ordenamiento por la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954, aparte de por otras Leyes especiales, sin que la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia dejen de reconocer y calificar como derecho de propiedad la relación que sigue mediando entre el titular y el objeto, una vez que haya sido privado singularmente aquél de las facultades jurídicas de uso y disfrute” (STC 37/1987, FJ 4).

<sup>99</sup> “Ciertamente no sería constitucional una expropiación que, afectando parcialmente a algunas de las facultades del propietario reconocidas por la Ley, privase en realidad de todo contenido útil al dominio sin una indemnización adecuada a esta privación total del derecho” (STC 37/1987, FJ 4).

debería llamarse limitación). Si existe no estamos ante una expropiación propiamente dicha (STC 37/1987, FJ 4)<sup>100</sup>.

Además, ni siquiera en el caso que se dé la expropiación (la expropiación “indemnizable”), ello no supondría que la norma fuese inconstitucional. La expropiación es una figura perfectamente conforme a la Constitución que en ningún caso es contraria al derecho de propiedad: “la regulación constitucional de la expropiación no supone una negación del derecho de propiedad privada, sino sólo su sacrificio concreto ante la presencia de intereses públicos o sociales superiores, con respeto del contenido económico del derecho sacrificado, que se transforma en el derecho a obtener una indemnización por el valor del bien o derecho del que el titular ha sido forzosamente privado” (STC 37/1987, FJ 4).

Tampoco es inconstitucional ni puede calificarse de expropiación --que lleve a indemnización-- lo que se discute en el fundamento jurídico decimotercero: el Impuesto sobre Tierras Infrutilizadas.

El Tribunal Constitucional mantiene que este impuesto “no lesiona el principio de capacidad económica sólo porque recaiga sobre la utilización insuficiente o la obtención de rendimientos inferiores al óptimo legalmente señalado para las fincas rústicas, pues este hecho de significado social y económicamente negativo -que el legislador andaluz pretende combatir o corregir, entre otras medidas, a través del instrumento fiscal- es por sí mismo revelador de la titularidad de una riqueza real o potencial o, como señala el Letrado del Estado, de una renta virtual cuya dimensión mayor o menor determina la mayor o menor cuantía del impuesto” (STC 37/1987, FJ 13).

El Tribunal Constitucional también establece una serie de criterios respecto los arrendamientos rústicos en la sentencia del Tribunal Constitucional 8/1982.

El caso llega ante el Tribunal Constitucional a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juez de Primera Instancia número 3 de la ciudad de Salamanca sobre la disposición

---

<sup>100</sup> Tal expropiación además debería medirse, expresa exactamente el Tribunal Constitucional, “desde el punto de vista del aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserve tras la operación expropiatoria, teniendo siempre en cuenta que tal utilidad individual o tales facultades no pueden ser absolutas e ilimitadas, en razón de las exigencias de la función social de la propiedad” (STC 37/1987, FJ 4).



transitoria primera de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, sobre Arrendamientos Rústicos que contiene las normas reguladoras de los arrendamientos rústicos. El juez pregunta si tal disposición podría ser contraria al artículo 9 de la Constitución. La cuestión surge a raíz de una demanda de X contra T sobre desahucio.

En el fundamento jurídico quinto se recuerda que la facultad de recuperar la finca poniendo fin a la posesión arrendaticia quedó, por la fuerza de los reales Decretos-leyes apuntados por el Tribunal Constitucional ya, constreñida a lo que dispusiera la posterior Ley de Arrendamientos Rústicos (STC 8/1982, FJ 5). El Tribunal Constitucional subraya que la restricción de los efectos conectados al contrato hay que ponerla en el legítimo límite que a la autonomía de la voluntad supone, primero, la fijación de una duración mínima de los contratos y, después, las prórrogas legales, previstas en norma vigente al concertarse el arrendamiento o en norma posterior, justificadas por consideraciones sociales, presentes acentuadamente en aquellos arrendamientos en que el propietario es cultivador directo.

El Tribunal Constitucional una vez aclarado esto define para el caso lo que es la propiedad agraria: “El precepto cuestionado, con los demás que constituyen la propiedad agraria, configuran el derecho y con ello determinan los límites dentro de los cuales podrá ejercerse dicho derecho, según la concepción que fluye del artículo 33.2 de la Constitución”. Y de ello se deduce que la regulación que establece la Ley es una delimitación constitucional del derecho de propiedad agraria conforme a la Constitución y que no debe entenderse como expropiación (que acarree indemnización) si no como una mera regulación legítima de acuerdo con su función social: “Se configura así una modalidad contractual del arrendamiento rústico en la que relevantes aspectos de su contenido -en lo que ahora importa, la duración del contrato—se regulan por la norma y no por la libre voluntad, que, de acuerdo con la función social de la propiedad, ha determinado que la estabilidad del arrendatario prevalezca sobre el interés del arrendador” (STC 8/1982, FJ 5). Ahora bien, el interés del arrendatario prevalece ante el del arrendador debido a unos objetivos concretos: la protección de la función social de la propiedad agraria en general y en concreto el desarrollo del campo en concordancia con el uso tradicional de éste.

En el fundamento jurídico sexto de la sentencia se cuestiona también si el precepto en disputa entraña una violación al principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución: “en cuanto ordena un tratamiento jurídico diferenciado para los cultivadores personales, en los términos que define el artículo 16 de la Ley, tratamiento que comporta beneficiarse de la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario hasta alcanzar el arrendamiento una duración máxima de

veintiún años, aunque en la Ley anterior fuera éste inferior”. El Tribunal Constitucional dispone que la diferencia de trato entre arrendador y arrendatario que se acaba de describir no es contraria al principio de igualdad (ex artículo 14 de la Constitución) ni desde valoraciones formales ni desde análisis sustanciales. Esta diferencia se justifica, se precisa en la sentencia, en base a la función social de la propiedad privada<sup>101</sup>.

Así, en este caso (STC 8/1982), el “precio” de la función social lo paga el arrendador. Es a costa de éste que se mantiene una propiedad rústica respetuosa con el arrendatario que explote la finca rústica con fines agrícolas, que en la mayoría de los casos implicará un beneficio para el interés general desde el punto de vista de la producción agrícola y seguramente también desde el punto de vista de la protección ambiental. El arrendador no puede explotar su finca de otra manera que podría ser mucho más lucrativa, para él, perdiendo así “expectativas” y a cambio no recibe indemnización alguna. Ello se produce incluso y a pesar de que exista un contrato entre arrendador y arrendatario quedando así la autonomía de la voluntad (por lo menos la voluntad del arrendador) postergada a un segundo plano. El Tribunal Constitucional dispone que la disposición transitoria de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, sobre Arrendamientos Rústicos, no es contraria a la Constitución.

En cuanto a las fincas manifiestamente mejorables de la jurisprudencia puede extraerse el siguiente criterio: Estamos ante una “expropiación” (que no incluye indemnización si no compensación a través del pago del alquiler) cuando se obliga al propietario a un arrendamiento forzoso.

La expropiación se dará cuando ocurre (no cuando quepa la posibilidad que en un futuro pueda darse el caso, entonces no; entonces estaríamos ante una mera delimitación del derecho de propiedad agraria). Además se entiende que sólo se está expropiando el uso de la finca y no toda la finca.

La sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres de 11 de octubre de 1988 (sala contencioso-administrativo) trata cuestiones sobre propiedad agraria, planificación y fincas manifiestamente

---

<sup>101</sup> “... la extensión de una norma favorable a los cultivadores, y no a otros arrendatarios, con lo que esto significa de reducción de los intereses de los propietarios y no de otros, son tratamientos distintos para situaciones distintas. Una norma que da soluciones diferentes para situaciones que son objetivamente distintas no puede calificarse, en modo alguno, de atentatoria al principio de igualdad, sino más bien conforme a sustanciales exigencias valoradas por el legislador” (STC 8/1982, FJ 6).

mejorables. Los hechos suceden en Extremadura donde la Junta declara la finca rústica X de Doña ML manifiestamente mejorable. Esta declaración se hace a través del Decreto 39/1986 de 3 de junio por la que la Junta de Extremadura aplica la Ley 43/1979 de 16 de noviembre que impugna Doña ML. La declaración implica el reconocimiento del interés social de la mejora del inmueble, su urgente ocupación y el arrendamiento forzoso del mismo por expropiación de su uso.

Doña ML, la propietaria de la finca rústica, alega ante la AT de Cáceres que la declaración es contraria a Derecho, entre otras razones, porque en la finca no concurren los supuestos básicos para que pueda producirse la calificación de finca manifiestamente mejorable y porque la Junta omitió el trámite de audiencia de los interesados. El fundamento jurídico tercero afirma que la Ley 34/1979 autoriza la calificación como manifiestamente mejorable de las fincas rústicas cuya superficie sea superior a 500 ha de secano cuando de conformidad con lo dispuesto en el art. 71 LEF deben realizarse intensificaciones de cultivos o aprovechamientos que, atendiendo al interés nacional, sean necesarias para incrementar adecuadamente el empleo, en función de las condiciones objetivas de la explotación. De la Ley, y de lo que dispone la sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, se extrae que las prioridades de la función social en este caso son, en primer término el empleo; y en segundo lugar, y a la vez, la maximización del desarrollo económico de los cultivos (intensificaciones de cultivos). Por lo tanto, parece que el medio ambiente (el desarrollo sostenible) queda en un segundo plano.

Los recurrentes alegan que el Plan además no se aprobó ni por Ley ni por Decreto como exige el art. 71 LEF. Por otra parte los propietarios opinan que los cultivos y aprovechamientos que se quieren imponer en atención al “interés nacional” no suponen un incremento del empleo, “cuando realmente la calidad de la tierra y su rentabilidad no permiten la ejecución del Plan en los términos previstos...”. La Audiencia Territorial considera que los argumentos de los propietarios no tienen consistencia cuando la potestad expropiatoria de la Administración autonómica viene también legitimada por la Ley de Finas Manifiestamente Mejorables que opera como legislación especial y que en concordancia con los artículos 11 y 17 de la LEF pueden declarar la oportunidad de expropiar una determinada clase de bienes para que cumplan su función social, y permite incluso, si es necesario apartar al propietario (sentencia de la AT de Cáceres de 11 de octubre de 1988 (sala contencioso administrativo) (FJ 3))

Recapitulando, la propietaria todavía es propietaria pero el uso y destino de su finca ya no está en sus manos si no que se ve limitado y su uso expropiado. Tan sólo el uso. Con lo cual el hecho que no se prevea un procedimiento expropiatorio, si no una compensación, que deriva del arrendamiento

forzoso, no vulnera el contenido esencial del derecho de propiedad agraria. La propietaria alega que su finca no reúne las condiciones para ser calificada de finca manifiestamente mejorable. La Audiencia entiende que la propietaria, quien tiene “la carga de la prueba” no lo demuestra. La Ley que prevé la posibilidad del arrendamiento forzoso está delimitando el derecho de propiedad y por lo tanto sí se reconoce una regulación general del derecho de propiedad agraria. Estamos pues, ante un caso de “expropiación” (expresa el Tribunal) del uso de la finca pero que su pago se realiza a través de la figura del arrendamiento forzoso --que a nuestro entender no es exactamente una expropiación (ni goza de sus garantías)--. Se trata de una compensación pero no exactamente de una expropiación.

*(ii) Las cuestiones medioambientales son prioritarias.*

Doña ML presenta un recurso contra la decisión de la AT de Cáceres que se resuelve en la sentencia de 26 de abril de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 2ª)<sup>102</sup>. El recurso de Doña ML también es desestimado por el Tribunal Supremo. De la decisión cabe destacar que el Tribunal declara que la recurrente no demuestra que el Plan sea inviable y contrario a la utilidad social, y no considera que éste sea contrario al medio ambiente como alega la recurrente<sup>103</sup>; todo lo contrario: la planificación asegurará un uso racional de la finca<sup>104</sup> (FJ 2). La finca además puede calificarse así, y ser de acuerdo al Derecho, por razones ecológicas y medioambientales. Si no existe este control, que vendrá a raíz de la aplicación de la calificación, el impacto ambiental sería mucho mayor (sentencia de

---

<sup>102</sup> En la sentencia de 26 de abril de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 2ª) se vuelven a tratar cuestiones sobre propiedad agraria, planificación y fincas manifiestamente mejorables en Extremadura a raíz de que la Junta de Extremadura declara la finca rústica X de Doña ML manifiestamente mejorable. Esta declaración se hace a través del Decreto 39/1986 de 3 de junio por la que la Junta de Extremadura aplica la Ley 43/1979 de 16 de noviembre que fue impugnada por Doña ML y analizada en la sentencia de la AT de Cáceres de 11 de octubre de 1988 (sala contencioso administrativo).

<sup>103</sup> La apelante cree que no concurren en la finca los supuestos que la llevarían a declararla manifiestamente mejorable de acuerdo con la Ley 34/1979.

<sup>104</sup> Lo previsto en la Ley... “no puede quedar sin efecto porque los cultivos y aprovechamientos que atendida la función social de la propiedad se lleven a cabo en la finca X al ser calificada como manifiestamente mejorable, pueden alterar el ecosistema de la zona, alteración que en su caso podrá ser mitigada con un racional control [se refiere al Plan y a la calificación de finca manifiestamente mejorable] de los cultivos y aprovechamientos a realizar en la finca, que permita alcanzar las finalidades que la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables persigue, sin mengua de las consideraciones ambientales del territorio donde se encuentra” (sentencia de 26 de abril de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 2ª) (FJ 2)).

26 de abril de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 2ª) (FJ 2)) expresa el Tribunal Supremo. En este caso pues sí que se insiste ya en cuestiones medioambientales mientras que en la decisión anterior, la de la Audiencia Territorial de Cáceres no se trataron.

En determinados casos en la Ley ya se prevé cuando cabrá la expropiación y en qué condiciones.

Ahora bien esa expropiación no se desprende de la Ley en sí misma si no que deberá verse e iniciarse el procedimiento expropiatorio si cabe caso por caso (es decir, la Ley en sí no está estableciendo una expropiación que implique indemnización). Por lo tanto entendemos que la Ley lo que está haciendo es una delimitación de la propiedad agraria y no una expropiación general. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Constitucional 186/1993, de 7 de junio sobre dehesas extremeñas<sup>105</sup>. En la sentencia se resuelve que la Ley que establece que en determinados supuestos podrá expropiarse la dehesa --si se da un aprovechamiento deficiente de ésta-- es constitucional<sup>106</sup>. La regulación, declara el Tribunal Constitucional, responde a los intereses generales y a la función social de la propiedad privada. En la decisión se decide un recurso de inconstitucionalidad, dirigido contra diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Extremadura 1/1986, de 2 de mayo, de regulación de las Dehesas. El Tribunal Constitucional falla que los artículos 20 y 21 a 29 de la Ley, que establecen facultades expropiatorias especiales y un impuesto autonómico sobre las dehesas calificadas como un deficiente funcionamiento, no son contrarios a la Constitución. En concreto el art. 20 de la Ley extremeña establece que «la calificación de una dehesa en deficiente aprovechamiento<sup>107</sup>, cualquiera que sea la

---

<sup>105</sup> El *Diccionario de uso del Español* (María Moliner, 1992) define dehesa como: “[...] campo acotado, generalmente de prados y dedicado a campos [...]”.

<sup>106</sup> En la decisión también se cuestionan aspectos competenciales. Aquí tan sólo se menciona que el Tribunal Constitucional declara que en base al art. 149.1.1 de la Constitución, corresponde al Estado fijar las condiciones para garantizar la igualdad de todos los españoles pero que ello no lleva a declarar que la Ley extremeña sea incompatible con esa igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos en relación concreta, en este caso, con el ejercicio de los derechos y correlativos deberes patrimoniales que garantiza el art. 33 de la Constitución (STC 186/1993, FJ 3).

<sup>107</sup> “Para un adecuado entendimiento del alcance de la previsión, conviene indicar que esa calificación de dehesa en deficiente aprovechamiento recaerá en aquellas fincas rústicas que reuniendo las características de extensión y destino agrario a que se refiere el art. 1 de la Ley, atendiendo a su producción efectiva y potencial (artículos 7 y siguientes.) quedan sometidas a planes de aprovechamiento y mejora (artículos 13 y siguientes.), que los interesados no aceptan ejecutar o incumplan o entorpezcan gravemente el cumplimiento (art. 18). En esos supuestos, pues, la calificación de la dehesa en deficiente aprovechamiento -que, por lo demás, corresponderá efectuar a la Junta de Gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 19)- conlleva el reconocimiento del incumplimiento de la función social de la propiedad y da lugar a la exacción de un impuesto -establecido y regulado en los artículos 21 a 27- y, en su caso, a la expropiación del uso o de la propiedad de la dehesa por causa de interés social” (STC 186/1993, FJ 2).

naturaleza pública o privada de el titular, implicará el reconocimiento del incumplimiento de la función social de la propiedad y dará lugar a la exacción del impuesto regulado en la presente Ley y, en su caso, por interés social, la expropiación en uso o expropiación forzosa de la misma» (STC 186/1993, FJ 2). El Tribunal Constitucional desestima el presente recurso de inconstitucionalidad y declara que los artículos 20 y 21 a 29 de la Ley, que establecen facultades expropiatorias especiales y un impuesto autonómico sobre las dehesas calificadas como un deficiente funcionamiento, no son contrarias a la Constitución.

*(iii) Con el fin de proteger el paisaje pueden producirse limitaciones a la propiedad agraria que no serán compensadas y gracias a éste --y paradójicamente-- el propietario agrícola puede disfrutar de ciertos usos y facultades.*

A veces a las propietarias por razones paisajísticas no se les deja construir o modificar el horizonte -- como sucedió en el caso en que un propietario construye una nave industrial en terrenos calificados como propiedad agraria y le obligan a desmoronarla por razones, entre otras, paisajísticas (sentencia de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª))-- . Otras, gracias a las condiciones de un paisaje tradicional ya consolidado se permite a éstos propietarios ciertas libertades en su propiedad que en otras circunstancias o en otras zonas serían impensables.

La sentencia de 28 de mayo de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sala contencioso-administrativo) demuestra que el paisaje de una isla a veces permite obras en la propiedad agraria fuera de lo común (si se hicieran en otras regiones). En la decisión se resuelve un recurso que se plantea por un propietario-agricultor contra la Comunidad Autónoma de Canarias. En la instancia superior el Tribunal examina la conformidad al Derecho del acto administrativo por el que se denegó la autorización de movimientos de tierras y apertura de pista. Concretamente D. Sebastián LM solicitaba una autorización para efectuar movimientos de tierras en la finca de su propiedad con el objeto de realizar unos cercados o bancales agrícolas con destino a la plantación de árboles frutales y en general para su explotación agraria (ante la Consejería de Política Territorial). La sentencia expone como el

---

propietario iba consiguiendo informes y resoluciones favorables para tales obras, pero al final --esto se está describiendo muy a grandes rasgos, para más detalles vean la decisión directamente-- el agricultor-propietario realiza algunas modificaciones por su cuenta un poco espectaculares, y por eso la Consejería quiere retirarle los permisos. El Tribunal canario decide que las obras del agricultor no destrozan el paisaje ni el medio ambiente --esto último, la verdad, es difícil de creer-- ya que en las Islas Canarias siempre se ha cultivado escalando la tierra (sentencia de 28 de mayo de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias ((sala contencioso-administrativa) (FJ 5)).

En primer término el Tribunal equipara medio ambiente (ecosistemas, especies, ...) con paisaje como ya lo hizo con anterioridad el Tribunal Supremo: ““En cuanto a la protección ambiental, hemos de recordar que según el art. 11.3 TR LS los Planes Generales- y las Normas Subsidiarias de Planteamiento- tienen por objeto preservar el suelo no urbanizable del proceso de desarrollo urbano y establecer medidas de protección del territorio y del paisaje, y que conforme al 98 del Reglamento de Planteamiento de las construcciones han de adaptarse al ambiente en que estuvieran situadas y así en lugares inmediatos a edificios de carácter artístico, histórico, típico o tradicional o lugares de paisaje abierto y natural, rural o marítimo, no se permitirá que los edificios o construcciones limiten el campo visual para contemplar las bellezas naturales, o rompan o desfiguren la armonía del paisaje o perspectiva del mismo” (TS S 23 Mar. 1998)” (sentencia de 28 de mayo de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias ((sala contencioso-administrativa) (FJ 5)). El recurso se reduce a decidir si las edificaciones proyectadas conculcan o no lo establecido en el art. 73.2 TR LS en concordancia con el art. 98.2 del Reglamento de Planteamiento.

A continuación el Tribunal puntualiza que el Texto legal es de aplicación directa, lo que significa que se aplica aunque no exista plan a los que tengan que autorizar actos de edificación. “Estamos ante la jurisdicción ordinaria y lo que se trata, por lo tanto, es un problema de legalidad y no de constitucionalidad” (sentencia de 28 de mayo de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias ((sala contencioso-administrativa) (FJ 5)). Lo que se pretende analizar, clarifica la decisión, es si la actuación del recurrente, un agricultor que desea plantar árboles frutales y por ello realiza unos cambios bruscos en el paisaje, se ajusta o no a la Ley, que en este caso dispone que las actuaciones deberán adecuarse al paisaje.

En base a lo descrito el criterio que se extrae de la sentencia en el presente texto es que como que las obras mencionadas forman parte de la geografía agrícola de la isla entonces se entiende que no se

ha vulnerado la norma legal: “Hemos de resolver si el precepto citado, que comprende numerosos conceptos jurídicos indeterminados, es aplicable al supuesto de autos y es opinión de la Sala, a la vista del material probatorio aportado, que todos los atributos cifrados no son aplicables al lugar [...]” (sentencia de 28 de mayo de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala Contencioso-Administrativo) (FJ 5)). Lo que significa que la delimitación de la propiedad agrícola cuando aparezcan conceptos indeterminados, se hará de acuerdo con el interés general.

En este caso el interés general es el paisaje, el paisaje agrícola, el cual, a juicio del Tribunal (y no de la Administración autonómica) además incluye movimientos y variaciones en el paisaje muy rotundas; lo que implica que priman los intereses agrícolas y paisajísticos a los medioambientales (no hace falta tener conocimientos en ecología para comprender que unas obras de esa embargadura provocarán un desequilibrio ecológico) pero todo ello concuerda con la tradición de la isla tal y como apunta el perito judicial: “Las obras mencionadas, que consisten en la creación de terrazas o banales, presentes en nuestra geografía como forma de aprovechamiento agrícola ante la topografía adversa, no producen el efecto ni contienen los elementos susceptibles de causar lo señalado en el mencionado artículo, por tanto, no suponen o supondrán limitación del campo visual para contemplar las bellezas naturales, no romperán la armonía del paisaje no desfigurarán la perspectiva del mismo (en el sentido de la tradición agrícola canaria de aprovechamiento de las laderas de pendiente acusada y en el propio sentido común) ... ” (sentencia de 28 de mayo de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala Contencioso-Administrativo) (FJ 5)), lo que determina, escribe el Tribunal, la estimación del recurso. El Tribunal da las explicaciones del Perito Judicial por válidas.

En este caso, como en muchos que analizan el derecho de propiedad cabría ver que se considera tradición. ¿Cuál es la tradición de la propiedad agrícola? ¿Es compatible con la propiedad constitucional? A grandes rasgos se puede afirmar que la tradición del derecho de propiedad agrícola conforme a la noción de propiedad que recoge la Constitución es la que coincide con los criterios que se acaban de revelar.



#### **4. 2. LA FUNCIÓN SOCIAL EN LA PROPIEDAD URBANA.**

*(i) Introducción.*

En la propiedad urbana el deber de incorporación al proceso urbanístico forma parte de su contenido esencial y de la función social de este derecho. En estos caso, y a juicio del Tribunal Constitucional “estamos ante la manifestación más típica de la función social de la propiedad urbana, cual es el deber de edificar y construir, entendido en sentido amplio, y en los términos que la legalidad ordinaria determine y, por su remisión, el planeamiento” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 a)). La propiedad privada es un derecho constitucional (art. 33 C.E.) y su función social (art. 33.2 C.E.) “la expresión de los deberes que le son inherentes -respecto de cada forma de dominio” y un deber también constitucional (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 a)).

A grandes rasgos entendemos que forma parte de la función social del derecho de propiedad urbana, como se detallará en el apartado que sigue: el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada - este derecho además juega un papel determinante--, el derecho al medio ambiente, el derecho de propiedad de los otros particulares - arrendatarios y personas que quieran acceder a una vivienda digna.

*(ii) El derecho de propiedad urbana no es ilimitado. El respeto a otros derecho de propiedad forma parte de la delimitación del derecho de propiedad privada en general y del derecho de propiedad urbana con especial incidencia. El derecho de propiedad puede verse limitado a fin de proteger otras propiedades (STC 301/1993 (Ley Propiedad Horizontal)) .*

La sentencia del Tribunal Constitucional 301/1993 responde a una cuestión de inconstitucionalidad. En ella se debate la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley de la Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, en relación con el artículo 33 de la Constitución y se dispone que el artículo no es contrario a la Constitución. El artículo 19 LPH establece que si se dan infracciones graves por parte de

un propietario y 3ste desatiende los requerimientos de la Juez<sup>108</sup> 3sta, discrecionalmente, puede fijar la privaci3n del uso del piso o local al propietario y a quienes con 3l convivan por un plazo no superior a 3 a3os, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del t3tulo<sup>109</sup>. La juez cree que este art3culo podr3a ser inconstitucional (*ex* art3culo 33.3 CE) y por ello plantea la cuesti3n.

El propietario afectado cree que la sanci3n sobrepasa el contenido esencial del derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional manifiesta que: “el art3culo cuestionado (19.1 LPH) se refiere a un tipo de propiedad, el de la propiedad horizontal, en la que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijaci3n, legal o estatutaria, de espec3ficas restricciones o l3mites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares” (STC 301/1993, FJ 3).

La restricciones que pueda darse a los derechos de uso y disfrute de la propiedad urbana con el fin de proteger otros derechos de propiedad forman parte del contenido esencial del derecho de propiedad y no conculcan el art. 33 CE; todo lo contrario, ni siquiera cuando incluyen sanciones especialmente graves<sup>110</sup>. En esos casos adem3s no estamos, subraya el Tribunal Constitucional, de ning3n modo ante una expropiaci3n. El art3culo cuestionado no es contrario a la Constituci3n, al art3culo 33 CE, “por la sencilla raz3n de que aquel precepto constitucional en modo alguno impide que las leyes tomen como objeto de sus previsiones sancionatorias -en un sentido lato- el patrimonio de las personas,... ” (STC 301/1993, FJ 3).

---

<sup>108</sup> “Ser3 “el Poder Judicial”, el que decidir3 en que casos nos encontramos ante una actividad molesta, insalubre, peligrosa, ... no permitida por los estatutos de las descritas en el art3culo 7.3 LPH” (STC 301/1993, FJ 3).

<sup>109</sup> Art3culo 19 LPH: “La infracci3n de la prohibiciones establecidas en el p3rr. 3 del art3culo 7 dar3 lugar al apercibimiento al titular o, en su caso , al ocupante del piso o local. Desatendido el requerimiento por el titular ocupante, la junta podr3 instar y obtener judicialmente la privaci3n del uso del piso o local a aqu3l y a quienes con 3l convivan. Dicha privaci3n la fijar3 discrecionalmente el Juez por un plazo no superior a 3 a3os, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del t3tulo”.

<sup>110</sup> “Basta con lo dicho advertir, sin sombra de duda, que lo as3 previsto por la Ley ninguna relaci3n guarda con la garant3a de la propiedad privada que ha sido recogida en la CE [... ]En modo alguno significa tal garant3a constitucional que el ordenamiento no pueda regular supuestos en los que , al margen de criterios o valoraciones de oportunidad o de necesidad p3blica, se llegue a afectar, con las correspondientes garant3as procesales, el patrimonio de las personas que hayan incurrido en la comisi3n de un il3cito o (civil o penal)... ” (STC 301/1993, FJ 3).

La institución de la expropiación forzosa, no tiene nada que ver con las sanciones que puedan imponer las leyes. Esta institución es, “estrictamente, un sistema de garantías (legales, procedimentales y económicas) tendentes a asegurar los patrimonios privados frente a las intromisiones del poder público (de la Administración sobre todo) fundamentadas en apreciaciones de conveniencia o necesidad pública, exigiéndose por la CE que tales privaciones de bienes o derechos se realicen sólo cuando concurra “causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto con las leyes” (STC 301/1993, FJ 3)<sup>111</sup>.

*(iii) La planificación urbanística y declaración de espacio protegido por razones medioambientales:*

Una planificación urbanística que declara una zona como espacio protegido por razones medioambientales no es ni inconstitucional ni ilegal. Además tampoco estamos ante un caso de expropiación que incluya indemnización. El derecho de propiedad sobre suelo urbano, su contenido esencial, no incluye el derecho a edificar. Sólo cabrá indemnización si realmente se demuestra que se iniciaron legítimamente actuaciones urbanísticas amparadas en una norma legal y administrativa pero ésta se decidirá caso por caso y tan sólo se aplicará respecto las obras concretas ya realizadas (y no por las futuras). Es decir, si el propietario había iniciado las obras para una red eléctrica porque hasta el momento el destino de los terrenos era la edificación, al propietario se le indemnizará por los gastos que le supuso crear la red, pero no por las pérdidas que le supondrá no poder levantar los edificios que había planeado. La clasificación, mantiene el Tribunal Supremo, no ha dejado vacío de contenido el derecho de propiedad, teniendo en cuenta, como los propietarios alegan que éste no incluye el derecho a edificar. En este caso también se recuerda lo que disponen los artículos 33, 45 y 47 de la Constitución en relación con tal alegación. Es decir, los intereses que recogen estos artículos, forman parte del contenido esencial, de la función social del derecho de propiedad sobre

---

<sup>111</sup> Vean también el comentario a la sentencia realizado por. Pilar Álvarez Olalla: “La constitucionalidad de la privación del uso del piso o local al propietario, ante la realización de actividades prohibidas en Estatutos, dañosas para la finca, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas (SSTC 301/1993, de 21 de octubre, y 28/1999, de 8 de marzo),” *Derecho Privado y Constitución* 13 (1994).

suelo urbano. La sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) cuestiona la modificación plan urbanístico<sup>112</sup>.

Para justificar su decisión el Tribunal Supremo explica: “El artículo 87.2 (del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976), debe ser objeto de interpretación estricta, ... la regla general es que la facultad de modificación de la ordenación de terrenos y construcciones no da derecho, en principio a indemnización patrimonial”. La indemnización sólo procederá, expone el Tribunal Supremo, “cuando se acredite existencia de una concreta lesión patrimonial en los bienes y derechos de quien la reclame”, no de todos, sólo de quién la reclame, y ésto no es todo: “y se justifique que ha dado efectivo cumplimiento de los deberes y actuaciones que impone a los propietarios el ordenamiento urbanístico”

---

<sup>112</sup> En ella se recurre la resolución de la Consejería de ordenación del Territorio, Medio ambiente y Vivienda, de fecha de 18 de julio de 1986 que desestimaba el recuso de reposición entablado contra el Avuedo que aprobaba la Revisión del Plan General de ordenación urbana de Madrid de 7 de marzo de 1985. El Plan, alega el recurrente, incide sobre la finca de su propiedad Monte X, de forma contraria al Derecho, cuando éste califica el terreno donde se encuentra ésta de suelo sin destino urbano, no urbanizable, especialmente protegido y área de alto valor ecológico. El propietario del Monte X alega que la ordenación “hace desaparecer el contenido esencial del derecho de propiedad”, a éste sólo le queda la “titularidad vacía de todo contenido, ya que, tratándose de terrenos el contenido esencial de tal propiedad es el derecho a edificar, asentar edificaciones en su terreno, aunque si lo sea en cierta medida”. El Tribunal Supremo, y tampoco la Administración no lo ven exactamente así. El propietario de los terrenos defiende que debe declararse la ilegalidad del plan y aplicarse el principio indemnizatorio por los daños y perjuicios derivados de tal clasificación; o que se le expropie la finca por su valor (ya que nada puede hacer ya con ella, se entiende). El Tribunal Supremo recuerda y reitera, apunta éste, la obligación, constitucional, que tienen los poderes públicos respecto los derechos contenidos en los artículos 45 y 47 de la Constitución. Asimismo insiste en la naturaleza y límites del derecho de propiedad de acuerdo con éstos artículos y el 33 de la Constitución. Por todo ello entiende que el Plan se ajusta al Derecho y que en modo alguno cabe indemnización (sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 3)).

La Administración además, pretendía crear un Anillo Verde en la zona (ver la sentencia directamente para los detalles sobre éste) con el cual varios propietarios tampoco estaban de acuerdo. Ése estaba también plenamente justificado, manifiesta la sentencia, ya que con él se crean grandes parques públicos “de los que tan necesitado estaba Madrid como su entorno...” (FJ 5). También en este caso “la carga de la prueba” recae en los recurrentes para conseguir lo que alegan han de “basarse en una clara actividad probatoria que deje seriamente acreditado que la Administración, al planificar ha incurrido en error, o al margen de aquella discrecionalidad, o que ha incurrido en arbitrariedad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídica s...” (sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 6)). Es decir, una norma que regule el derecho de propiedad urbana no será anulada si no se demuestra que ésta es arbitraria o si ha incurrido en error. La parte demandante, los propietarios, no demuestran que nos encontremos ante ninguno de estos supuestos. Los artículos 33, 45 y 47 de la Constitución habilitan esta regulación del derecho de propiedad urbana por parte de la Administración, de hecho ésta responde a los mandatos que recogen los citados preceptos. El Tribunal Supremo además añade razones históricas y recuerda que en la zona ya se quiso crear el Anillo Verde (FJ 6).

Los recurrentes, propietarios, tampoco van a ser indemnizados en este caso y ello es conforme a derecho. La demanda alega que en el presente caso “se ha producido una modificación anticipada del planteamiento cuando ya se habían iniciado actuaciones urbanísticas que además han sido corroboradas por esta Sala...” (FJ 8). Ni siquiera estas actuaciones urbanísticas ya realizadas y probadas por parte de los propietarios en este caso van a verse indemnizadas a raíz de la presente sentencia pero puede que sí que lo sean en un futuro si estos demuestran los que el Tribunal Supremo exige.

(sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>, Sección 5<sup>a</sup>) (FJ 8)). Entendemos que las cargas, para que las soporte un sólo propietario, son decididamente altas. Como estamos ante un Plan General, no se da ninguna de las circunstancias que puedan dar lugar, de momento, a una indemnización. Tampoco se entiende que se vulnere por eso el principio de igualdad: a desigualdad de clasificación de los terrenos, éstos se verán sometidos a “muy diferente suerte urbanística”, es una desigualdad que viene justificada en el momento del planteamiento y compensada en el momento de ejecución del mismo, si cabe. La indemnización que pueda prever el artículo 87.3 del Texto Refundido de 1976 se configura por dos elementos: la restricción singular del aprovechamiento del suelo y la imposibilidad de su distribución equitativa. El Tribunal Supremo para determinar cuando estamos ante una expropiación que implique indemnización utiliza la teoría de la singularidad. El Plan, en general, no tiene efectos expropiatorios. Por todo ello se desestima la demanda de los propietarios, y si alguno de ellos, más adelante, demuestra que está singularmente perjudicado y demuestra los daños ya sufridos (no los futuros) quizás pueda obtener indemnización, pero eso ya será en otro proceso (sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>, Sección 5<sup>a</sup>) (FJ 8)).

*(iv) La conocida sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo), en base a la función social de la propiedad privada, vuelve a manifestar que el contenido esencial del derecho sobre la propiedad urbana del suelo no incluye el derecho a edificar, pero esta vez lo hace de manera central.*

Como es sabido la sentencia responde a los recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la Ley 8/1990, de 25 de junio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y contra el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio<sup>113</sup>. La Disposición final segunda de la citada Ley, la 8/1990 autorizaba al Gobierno para que aprobara un texto refundido de las disposiciones estatales vigentes

---

<sup>113</sup> La Ley 8/1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo fue impugnada a través de seis recursos de inconstitucionalidad (deducidos por el Parlamento de Navarra, Gobierno Cantabria, Catalunya, Castilla León, Canarias, Aragón,...).

sobre la materia en el plazo de un año. La refundición no se realizó en plazo previsto. La Disposición final quinta de la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales, confirió al Gobierno un nuevo plazo para la refundición. Antes de que finalizara el proceso constitucional que tenía por objeto la Ley 8/1990, el Gobierno finalmente aprobó el texto refundido mediante el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. La Disposición derogatoria única, apartado primero, de esta nueva norma deroga expresamente la Ley 8/1990. Así se interpuso también un recurso de inconstitucional en contra del *texto refundido* de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana por parte de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la Diputación de Aragón, la Generalitat de Catalunya. Estos dos últimos recursos se remitieron a las alegaciones ya vertidas en su día en sus respectivos escritos frente a la Ley 8/1990. Cuatro de los recurrentes de la Ley 8/1990 (Parlamento de Navarra, Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León y el Gobierno de Canarias) en cambio no formularon recurso alguno en contra del texto refundido.

Dada la complejidad del caso el Tribunal Constitucional decide responder a algunas cuestiones previas en los primeros fundamentos jurídicos. En ellas el Tribunal Constitucional realiza una serie de definiciones respecto el derecho de propiedad que le sirven a éste para enjuiciar el caso y nos son útiles a los demás para entender cuál es el significado que el Tribunal Constitucional le da, de acuerdo con la Constitución, a cada una de los derechos, instituciones, figuras y garantías implicadas en el derecho de propiedad urbana y sobre el suelo. En primer lugar la decisión precisa que nos encontramos ante un derecho de propiedad concreto que exige ser analizado desde el Estatuto de la propiedad correspondiente a este tipo de propiedad que lo regule<sup>114</sup> (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo)

---

<sup>114</sup> En el presente estudio no se van a discutir las cuestiones competenciales a las que responde la sentencia que son muchísimas y relevantes. A modo de ejemplo incluimos la siguiente ya que en ella se apuntan un par de aspectos que sí nos interesan. Estamos ante un tipo de derecho de propiedad concreto: la propiedad urbana. Tribunal Constitucional afirma que del juego de los artículos 148 y 149 CE (más lo establecido en sus respectivos Estatutos de Autonomía) resulta que las CCAA pueden asumir competencia exclusiva en las materias de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. Tal exclusividad precisa el Tribunal, no excluye la competencia, también exclusiva, reservada al Estado por virtud del artículo 149.1 CE (STC 56/1986, FJ 3) en materia de urbanismo y respecto a la ordenación del territorio (STC 149/1991, FJ 1B). La competencia autonómica ha de coexistir pues con la Estatal. El Estado intenta justificar su intervención normativa en materia urbanística en base al artículo 149.1.1 CE, mientras que las CCAA a pesar de que se lo reconocen consideran que se ha excedido "en relación con determinados preceptos de la disposición impugnada reguladores de la propiedad urbana". Así pues, el Tribunal Constitucional desde un inicio reconoce que estamos ante la regulación no de la propiedad en general, si no ante la regulación de una propiedad en concreto, la urbana. En cuanto a la expropiación, el Estado también alega su competencia en materia de expropiación recogida en el artículo 148.1.18 CE. Cuando el Tribunal Constitucional analiza estos preceptos trata, como se verá en el texto que se presenta, aparte del tema competencial, la regulación de estas materias en general (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 5)).

(FJ 5)). Antes de entrar en esas definiciones se recuerda que el análisis que se realiza aquí pretende alejarse de las cuestiones competenciales para centrarse en las relativas al derecho de propiedad y a la garantía expropiatoria.

*(v) La función social del derecho de propiedad urbana comprende conseguir una propiedad urbana razonable no especulativa.*

El urbanismo se traduce en potestades concretas, habilitaciones, para los poderes públicos, para que regulen el derecho de propiedad urbana desde – y entendemos que ello es parte de su contenido esencial, de su función social—el planeamiento. El planeamiento es necesario por ser el régimen jurídico del suelo esencial y el soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación<sup>115</sup> (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 6, a)).

En el FJ 6 apartado a) se define el concepto de urbanismo “sin propósito definitorio”, escribe el Tribunal Constitucional. De este párrafo se extrae que el Tribunal Constitucional interpreta el urbanismo como un haz de facultades que permite a los entes públicos definir lo que es la función social de la propiedad urbana. La función social de la propiedad urbana se traduce, leemos en la sentencia, en una capacidad para los poderes públicos para planificar e intervenir administrativamente delimitando las facultades dominicales de los propietarios sobre el uso del suelo y la edificación. Una delimitación que supone una regulación constitucional – que no llevará a la indemnización, por lo menos a partir de ésta directamente—del derecho de propiedad urbana. Entre las facultades que tienen los entes públicos se encuentra la de determinar el régimen jurídico del suelo. Este es el soporte de la actividad

---

<sup>115</sup> “[...] el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la “ordenación urbanística”, como objeto normativo de las leyes urbanísticas (recogida en la primera Ley del Suelo de 1956, art. 1º). Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas a o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación [...]” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 6, a))

transformadora que implica la urbanización y la edificación. En este caso concreto la función social de la propiedad privada urbana significó, para el Tribunal Constitucional, la posibilidad de los poderes públicos de planear la edificación fijando una delimitación de la propiedad urbana muy restrictiva para el propietario.

A raíz de la lectura de las normas que la regulan y de la jurisprudencia constitucional y ordinaria puede afirmarse que la propiedad privada urbana es una de las más constreñidas sin que ello lleve a calificarse de expropiación o lleve a una indemnización. Las razones saltan a la vista, el suelo, en las zonas urbanas, es escaso y está en la mayoría de casos sobre utilizado; mientras que en otros puede llevar a la especulación. Además 'este es un suelo que alberga la mayoría de viviendas de las familias españolas, un derecho también protegido por la Constitución. Por ello uno de los principales objetivos de la delimitación de la propiedad urbana es evitar la especulación. Sin lugar a dudas esta propiedad, la urbana, difiere de otras propiedad y goza de un estatuto jurídico que por fuerza diverge de otros estatutos, como podría ser el estatuto jurídico de la propiedad rural (cuyo objetivo respecto la función social es mantener un campo productivo y respetuoso con el medio ambiente) o la intelectual (cuya delimitación viene marcada por un objetivo: garantizar la protección de la creación artística e intelectual) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 6 a)).

*(vi) El artículo 47 de la Constitución, el derecho a una vivienda digna, forma parte del contenido esencial y de la función social de la propiedad privada urbana. Éste legitima cualquier regulación general sobre la propiedad privada sin que por ello deba indemnizarse a los propietarios que se vean afectados.*

Los poderes públicos están habilitados para regular el derecho de propiedad urbana en esa dirección. La Administración, conforme con la Ley, puede fijar políticas de ordenación de la ciudad. En ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo<sup>116</sup>. La Constitución no define el urbanismo, pero de acuerdo con el Tribunal Constitucional, sí

---

<sup>116</sup> Por Administración se entiende la Administración correspondiente de acuerdo con la distribución de competencias.



proporciona una serie de principios a los que los poderes públicos han de atender para el ejercicio de sus competencias. El Tribunal Constitucional afirma que: La Constitución no define la propiedad privada urbana, su delimitación, pero sí se aplican a 'esta una serie de derechos (el recogido en el artículo 47.1 CE) y principios que la delimitan de acuerdo con su función social'<sup>117</sup>. Estos principios son: "la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47 C.E., párrafo primero); y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los Entes públicos (art. 47 C.E., párrafo segundo). Con arreglo a lo establecido en el art. 53.3, inciso primero, C.E., el reconocimiento, el respeto y la protección de tales contenidos del art. 47 C.E. "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos" (SSTC 19/1982, fundamento jurídico 6º y 45/1989, fundamento jurídico 4º )" (STC 61/1997, FJ 6 a)

---

Las distintas regulaciones sobre el derecho de propiedad no vulneran el principio de igualdad. Respecto al principio de igualdad recogido en el artículo 149.1.1 CE el Tribunal Constitucional establece que éste no es un título horizontal. "Este sólo presta cobertura al ejercicio de los derechos constitucionales, entre ellos el de propiedad, en condiciones de igualdad. "Ahora bien, las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1º C.E. sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (art. 10.1 C.E.), quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1º C.E., que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional." [...] "Por otra parte, tal como se ha indicado, constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constricto al ámbito normativo, lo que permite al Estado una "regulación", aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico. En definitiva, y para recapitular, el art. 149.1.1º C.E. no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, ni tampoco como un título residual". "[...], no debe olvidarse que la "igualdad de todos los españoles" representa el elemento teológico o finalista del título competencial que aquí se considera, el único que justifica y ampara el ejercicio de la competencia estatal. En el ámbito urbanístico, es la intervención del legislador estatal ex art. 149.1.1 C.E. la que garantiza esa igualdad, máxime si se tiene en cuenta la inexcusable remisión al planeamiento y la disparidad de usos y contenidos susceptibles de apropiación que de ahí resulta" (STC 61/1997, FJ 7 b)).

[...] "Para analizar la proyección de la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.1º C.E. sobre el derecho de propiedad y, señaladamente, sobre la propiedad urbana, conviene recordar, a título introductorio, nuestra doctrina, sintetizada en la STC 156/1995, según la cual, "en relación precisamente con el derecho a la propiedad que reconoce el art. 33 C.E., hemos señalado que el título del art. 149.1.1º C.E. no habilita para establecer una regulación uniforme de la propiedad privada y su función social, ni esa pretendida uniformidad puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entre en juego la propiedad (STC 37/1987, fundamento jurídico 9)." (STC 61/1997, FJ 9)). El Tribunal Constitucional afirma pues que no existe ni puede existir una regulación uniforme de la propiedad privada y de su función social, ni siquiera ex artículo 149.1.1 CE.

<sup>117</sup> STC 61/1997: "Ha de añadirse que, si bien la Constitución no define lo que haya de entenderse por urbanismo, sí proporciona, junto al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 C.E., párrafo primero), una serie de importantes principios rectores de la política, en este caso, urbanística, a las que han de atenerse en el ejercicio de sus respectivas competencias, los Entes públicos" (FJ 6 a ).

)<sup>118</sup>.

*(vii) No debe olvidarse que la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad y expresa y sintetiza los deberes que modulan su ejercicio (art. 33.2 C.E.) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 10)).*

Así como que la competencia estatal ex art. 149.1.1º C.E. se extiende a los deberes constitucionales (artículos 149.1.1º y 33.2 C.E.). De ahí que puedan encontrar cobijo bajo la competencia estatal las manifestaciones más elementales de la función social de la propiedad urbana, los deberes básicos que a su titular corresponde satisfacer, en cuanto sirvan para garantizar la igualdad a que se refiere el art. 149.1.1º C.E. No es posible, pues, rechazar a priori o excluir a radice la competencia estatal para dictar normas sobre tales aspectos de la propiedad urbana y de su función social. La Constitución permite al legislador, en este caso el estatal precisa el Tribunal Constitucional, escoger entre opciones y modelos diferentes en cuanto a la propiedad urbana. A continuación debería designarse cuál es el contenido mínimo y máximo que puede contener esa regulación de la propiedad urbana<sup>119</sup> (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 10)).

---

<sup>118</sup> En el fundamento jurídico sexto también aparece una discusión extensa sobre la distribución competencial. Para hacerse una idea sobre su contenido, y seguir mejor el hilo de la sentencia que aquí analizamos, muy a grandes rasgos, se apunta que el Tribunal Constitucional recuerda que las Comunidades Autónomas tienen, cuando lo establezcan sus Estatutos de Autonomía, competencias exclusivas en materia de ordenación urbanística y que el Estado tiene la de la regulación sobre las condiciones generales de la propiedad urbana que garanticen igualdad en el ejercicio del derecho., y también la regulación sobre la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa. (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 6 b))

<sup>119</sup> Por otra parte, dispone el Tribunal Constitucional, es claro que el art. 149.1.1º C.E. permite al legislador estatal opciones diversas y, a la postre, modelos diferentes de propiedad urbana, en sus condiciones básicas, claro está, pero cuya influencia sobre el entero estatuto legal de esta forma de propiedad tampoco cabe desconocer, puesto que habrán de ser respetadas y atendidas por la normativa autonómica, por más que el título estatal no ampare una legislación básica general o indiferenciada sobre la propiedad urbana bajo el perfil del Derecho público, sino sólo de aquellas normas que garanticen la igualdad básica en el ejercicio del derecho y en el cumplimiento de la función social que le es inherente (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 10)).

*(viii) En principio debe existir una igualdad básica entre todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad (que de acuerdo con el Tribunal Constitucional establecerá el legislador estatal ex artículo 149.1.1 CE) y respecto al contenido de la función social, "que le es inherente".*

Así pues dos son los mínimos que la Constitución establece: la igualdad básica en el ejercicio del derecho y la inserción en ese contenido mínimo de una función social, también común a todos los españoles. En segundo término el Tribunal Constitucional insiste una vez más en que la propiedad urbana del suelo no incluye el derecho a edificar (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 10)).

*(ix) El Estado puede diseñar un derecho de propiedad urbana que disocie propiedad del suelo del derecho a edificar. En este caso estaremos ante una delimitación del derecho de propiedad --y no ante una expropiación que implique indemnización o ante una norma contraria a la Constitución.*

"A resultas de esas condiciones básicas, por tanto, el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales, como, por ejemplo y entre otras, la que disocia la propiedad del suelo del derecho a edificar, modelo éste que ha venido siendo tradicional en nuestro urbanismo" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 10)). Las Comunidades Autónomas, desde la competencia urbanística que les reconocen la Constitución y los Estatutos de Autonomía, podrán dictar normas atinentes al derecho de propiedad urbana, con respeto, claro está, de esas condiciones básicas y de las demás competencias estatales que, en cada caso, sean de aplicación (como, v.gr., la que descansa en el art. 149.1.8º C.E., en relación con la dimensión jurídico-privada del dominio; o la relativa a las garantías expropiatorias ex art. 149.1.18º C.E., en los términos que más tarde se verán). )

Esto es así, no porque lo establezca la Constitución o el Tribunal Constitucional, sino porque lo determina el legislador, el estatal, de acuerdo con la Constitución y su capacidad para delimitar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad y en concreto del derecho de propiedad urbana. Lo que está afirmando el Tribunal Constitucional en este caso no es que la propiedad urbana sea esto, sino que una delimitación de la propiedad urbana en este sentido es constitucional. Una delimitación que por cierto, aquí se considera ablativa del derecho de propiedad urbana, y que sin

embargo no plantea ningún tipo de indemnización. El Tribunal Constitucional no considera esta regulación expropiación, a pesar de que tener capacidad para edificar en el suelo urbano sea el ejercicio más relevante que se pueda ofrecer la propiedad urbana. Si no ¿qué otro uso se le puede dar al suelo urbano? ¿la horticultura?

Lo mejor, sin embargo, --corrige el Tribunal Constitucional-- para articular esta distribución de competencias, sería que el Estado se limitara a establecer principios generales: "es evidente que, para articular esta confluencia de títulos competenciales, las normas estatales emanadas bajo la cobertura del art. 149.1.1º C.E. pueden encontrar su mejor expresión a través de principios o reglas generales que, en definitiva, sirvan para garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, sin menoscabo de la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, de la competencia de éstas para dictar también normas sobre la propiedad urbana" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 10)).

*(x) Los mandatos de los artículos 33, 45, 47 y 128 de la Constitución obligan a todos los poderes públicos, al Estado y a las Comunidades Autónomas.*

El hecho de que el Estado establezca que toda la regulación del régimen del suelo debe "asegurar la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos" no hace sino reproducir, casi literalmente, lo que dispone el párrafo segundo del art. 47 C.E. y por lo tanto se trata, cuando ocurra, de una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución.

El Tribunal Constitucional dispone en el fundamento jurídico catorceavo que: "Respecto del art. 3.1 del Texto Refundido, según el cual la acción urbanística sobre el régimen del suelo atenderá, entre otras, a las tres finalidades que reseña, el Abogado del Estado alega que éstas concretan cuanto disponen los artículos 33.2 y 47 C.E. y se amparan en los artículos 149.1.1º y 18º C.E." I de ahí extrae que el art. 3.1 T.R.L.S. no condiciona ni impone al legislador autonómico un determinado modelo territorial y urbanístico al plasmar tales presupuestos el T.R.L.S. tiene en cuenta los mandatos constitucionales que para el derecho de propiedad del suelo resultan de los artículos 33.2, 47, 128.1 de la C.E., mandatos sustantivos que obligan a todos los poderes públicos, siendo de notar que el art. 3.1-b) T.R.L.S. ("Impedir la desigual atribución de los beneficios y cargas del planeamiento entre los propietarios afectados e imponer la justa distribución de los mismos"), atiende al elemento teológico que

inspira el art. 149.1.1º C.E., al establecer las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos de los diversos propietarios de suelo frente a los diversos aprovechamientos urbanísticos que el planeamiento -en cuanto técnica a la que es inherente tal desigualdad- pueda asignar a los terrenos incluidos en el ámbito ordenado por aquél. El apartado c) del art. 3.1 T.R.L.S. ("asegurar la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.") no hace sino reproducir, casi literalmente, lo que dispone el párrafo segundo del art. 47 C.E (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14 a)).

Los poderes públicos deben garantizar que las propietarias cumplirán con las obligaciones y cargas derivadas de la propiedad del suelo<sup>120</sup>.

La división del territorio en distintas clasificaciones es una regulación del derecho de propiedad también conforme con la Constitución y que además responde a --citamos textualmente al Tribunal Constitucional: "la artificiosidad de la propiedad urbana" -- aunque nosotros creemos que debería llamarse "artificialidad" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14 b)). Cualquier clasificación en esa dirección es regulación general del derecho propiedad urbana. Los fundamentos jurídicos que siguen a éste confirman en concreto ésta declaración del Tribunal Constitucional. Es más, la clasificación del suelo y la definición de los instrumentos de planteamiento, apto para urbanizar por normas subsidiarias, y urbanizable programado, suponen la expresión de una mera opción de la política urbanística STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 15 b)).

El suelo no urbanizable o categoría equivalente en la legislación autonómica no podrá ser destinado a fines distintos que los naturales o conformes con la naturaleza de éste, siendo ello también una regulación -- y no expropiación, en el caso que todavía no estuviese calificado así--no susceptible

---

<sup>120</sup> Por su parte, el apartado a) del art. 3.1 T.R.L.S. ("procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas de la misma.") expresa la idea que subyace al art. 33.2 C.E. y al art. 128.1 C.E. El art. 149.1.1º C.E., único título o competencia que aquí puede invocar válidamente el Estado, autoriza, a efectuar una regulación como la que se contiene en el art. 3.1 T.R.L.S. No puede, pues, en cuanto a este precepto, acogerse la impugnación formulada por la Generalidad de Cataluña. (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14)). En definitiva, lo que está manifestando el Tribunal Constitucional es que el Estado está regulando las condiciones básicas de la propiedad urbana. El Estado está delimitando los "mínimos", la propiedad urbana de acuerdo con la Constitución de acuerdo con una interpretación teológica de la Constitución. Así, la propiedad urbana, de acuerdo con la decisión incorpora en su definición los siguientes derechos e intereses. Por ello, las alegaciones de la Generalitat de Catalunya, no son admitidas por el Tribunal..

de ser indemnizada (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16))<sup>121</sup>.

La delimitación del derecho de propiedad urbana, sobre el suelo, implica que es la Administración --y no el mercado-- la que debe establecer el control y dirección de la gestión urbanística (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14 b)). Lo que es interesante de este apartado de la sentencia es que el tribunal Constitucional considera constitucional esta delimitación de la propiedad en que se otorgan una serie de facultades a la Administración pública para que dirija y controle la gestión urbanística, apartándolo del control del mercado, es decir de los propietarios (debido a que existen otros intereses -- como los de los no propietarios que aspiran a una vivienda digna-- por supuesto)<sup>122</sup>. Con ello se sustrae “la dirección y el control del proceso urbanizador de la iniciativa privada” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14 c)).

No obstante, el derecho de propiedad urbana está especialmente vinculado a la libertad de empresa y ambos subordinados a que se cumplan los objetivos de la planificación urbanística. La asignación de los usos del suelo la establecerá la legislación o la Administración y no los particulares. Ésta regulación es también una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución --y no conlleva indemnización. Los usos del suelo no los decide el mercado. “Este principio”, expresa exactamente el Tribunal Constitucional, responde a un mandato “inexcusable”, el que recoge el artículo 45 de la Constitución (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14 c))<sup>123</sup>. La propiedad urbana, así

---

<sup>121</sup> La regla enunciada por el artículo 15 no desborda, en conclusión, las condiciones básicas que garanticen el ejercicio en condiciones de igualdad del derecho de propiedad urbana de todos los españoles y, por tanto, encuentra cobertura en el art. 149.1.1º C.E., si se tiene en cuenta que no determina un concreto régimen positivo de usos en esta clase de suelos, sino que se remite a lo que disponga la legislación sectorial correspondiente, sea estatal o autonómica, y que será la que discipline el uso agrario, forestal, ganadero, cinegético, etc, del suelo no urbanizable o rústico en sentido amplio (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16)).

<sup>122</sup> “La dirección y control de la ejecución -cuyo alcance y contenido no son definidos por el precepto- es siempre, pues, una actividad pública, dado que la transformación de suelo a través de la urbanización se configura como una obra pública, sin perjuicio de que, como establece el art. 4.2, dicha gestión pueda ser asumida directamente por la propia Administración o encomendada a la iniciativa privada o a entidades mixtas” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14 c)).

<sup>123</sup> “Es obvia la estrecha relación que un principio así enunciado guarda con el derecho de propiedad urbana -que está subordinado a que se cumplan los presupuestos de la legislación urbanística- y con la libertad de empresa, en cuanto supone igualmente una limitación de su ámbito material, puesto que la última palabra sobre la gestión urbanística queda sustraída a la libre decisión del empresario. Entendido, pues, en el sentido de que la asignación de usos al suelo queda sustraída al mecanismo de mercado y a la decisión del propietario resulta evidente su cobertura bajo el título que descansa en el art. 149.1.1º C.E. Desde tal perspectiva, este principio conecta por otra parte con el mandato inexcusable derivado del art. 47 C.E. en cuya virtud corresponde a los poderes públicos, y sólo a ellos, la regulación o normación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, a través de la ley y, por su remisión, al planeamiento.” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del

regulada, está protegiendo dos intereses constitucionalmente protegidos: los derechos del propietario, salvaguardados todavía a través del margen que se le otorga al mercado, y los intereses de los no propietarios, los otros propietarios, y los que lo pretenden ser, que se protegen a través de la gestión de la Administración; en definitiva, que se protegen a raíz de la figura de la función social, intrínseca al derecho de propiedad privada.

La prohibición de edificar en suelo no urbanizable -o categoría análoga según la legislación autonómica- encaja, pues, dentro de las condiciones básicas de la propiedad urbana (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16 a))<sup>124</sup>.

La prohibición de los fraccionamientos de la propiedad urbana, las parcelaciones urbanísticas y su preservación del desarrollo urbano, son también una “limitación”, expresa literalmente el Tribunal Constitucional – entendemos que se refiere a “regulación”-- general de la propiedad urbana que por lo tanto no derivarán en una indemnización (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16 b))<sup>125</sup>.

También estamos ante un caso de delimitación de derechos cuando el texto del TRLS establece que uno de los posibles destinos del suelo no urbanizable pueda ser declarado área de especial protección por razones medioambientales (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16 c))<sup>126</sup>.

---

Suelo) (FJ 14 c)).

<sup>124</sup> En otras palabras, desde una interpretación sistemática, debe entenderse el art. 15 T.R.L.S. como una prohibición general de usos edificatorios -con la consecuente imposibilidad de adquirir propiedad urbana fuera de los terrenos previstos por los poderes públicos competentes. No es un precepto, pues, que condicione las diversas competencias sectoriales autonómicas susceptibles de incidir sobre ese territorio y al que, desde una óptica estrictamente urbanística, el T.R.L.S. califica de suelo no urbanizable (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16 a)). El artículo 15 está delimitando, por vía negativa, la propiedad privada, precisa la sentencia. Esto es pues, de acuerdo con la decisión una delimitación y no una limitación digna de indemnización (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16 a)).

<sup>125</sup> El Tribunal Constitucional mantiene que la prohibición contenida en el art. 16.1 TRLS: “Desde la perspectiva del dominio, el art. 16.1 T.R.L.S. supone una limitación general sobre la facultad de disposición de la propiedad del suelo congruente con su destino y un complemento necesario y coherente con el principio general de la no edificabilidad en el suelo no urbanizable [...]” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16 b)). Se trata pues de una limitación general por lo tanto, se desprende de la sentencia, no dispone de las garantías de la expropiación. El apartado 2º del mismo art. 16 establece la prohibición de las parcelaciones urbanísticas y su preservación del proceso de desarrollo urbano, sin perjuicio de lo que la legislación aplicable disponga sobre el régimen de los asentamientos o núcleos rurales en esta clase de suelo. El Alto Tribunal estima que este tipo de regulación es conforme con la Constitución – a pesar de que nada se dice de compensaciones económicas (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16 b)).

<sup>126</sup> En base a los mandatos de los artículos mencionados aquí y a la función social, la relación de los deberes urbanísticos

Asimismo, el establecimiento de un aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación forma parte de la delimitación del derecho de propiedad que podrá establecerse en un plan urbanístico -- aunque los criterios generales de la propiedad urbana habrán de estar fijados en una Ley (estatal o autonómica) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 c))<sup>127</sup>.

La norma que establece la reducción del aprovechamiento urbanístico en actuaciones sistemáticas -- por incumplir un deber básico del propietario: solicitar la licencia de edificación en los plazos fijados-- no está aplicando una sanción urbanística, y por lo tanto vulnerando el art. 25 CE; si no que establece una expropiación o una compra forzosa legítima -- una expropiación-sanción con fines no punitivos-- y conforme con la Constitución. El propietario urbano tiene un deber básico: solicitar la licencia de edificación en los plazos fijados. Los efectos en caso de incumplimiento son: la reducción del aprovechamiento urbanístico en un 50% y la expropiación o venta forzosa, cuyo valor se determinará en todo caso con arreglo a la señalada reducción (art. 30.3) y que, por lo demás, constituye la reacción que con carácter general ha establecido el Texto Refundido<sup>128</sup> en caso de incumplimiento de los deberes urbanísticos (art. 227) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 f)). Para el propio Texto Refundido se trata, en definitiva, de una expropiación por incumplimiento de la función social de la

básicos que contiene el precepto (art. 20.1) -- como ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas-- y el principio de la adquisición gradual de facultades urbanísticas (art. 20.2) forman parte de la delimitación constitucional del derecho de propiedad urbana -- y tampoco implican una expropiación digna de indemnización. La Ley establece "deberes legales" para la adquisición gradual de facultades (artículo 20). En cuanto a estos deberes el TC establece: La relación de los deberes urbanísticos básicos que contiene el precepto (art. 20.1) y el principio de la adquisición gradual de facultades urbanísticas (art. 20.2) ponen de manifiesto su encaje material dentro de las "condiciones básicas" de ejercicio del derecho de propiedad urbana (art. 149.1.1º C.E.). (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 b)). Es más, a juicio del Tribunal Constitucional, lo que hace este precepto no es sino fijar la arquitectura más elemental del derecho, los deberes primarios cuyo cumplimiento determinará la gradual adquisición de unas facultades --un contenido urbanístico, en suma-- que es fruto de la decisión de los poderes públicos (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 b)).

<sup>127</sup> El artículo 27.1, 2 y 4, regula el "aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación". Este precepto ha sido recurrido por la Generalidad de Cataluña. El Tribunal Constitucional recuerda que en el vigente esquema legal, es el planeamiento urbanístico el que concreta, para cada clase de suelo, el aprovechamiento urbanístico. El planeamiento puede ser el que determine para cada porción del territorio su aptitud para urbanizar y los concretos usos edificatorios que eventualmente le correspondan, con sus cargas y beneficios. Ahora bien, habrá de ser la Ley --estatal o autonómica, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias-- la que establezca los criterios generales del sistema de la propiedad urbana por imperativos de la reserva de ley y del principio de legalidad (art. 33.2, 53.1 C.E. y 103.1 C.E.). Y con ello la sentencia concluye: "En ese sentido, tampoco puede compartirse la alegación de que el establecimiento del aprovechamiento susceptible de apropiación no forma parte de la delimitación del derecho de propiedad (art. 33.2 C.E.). Lejos de ser algo ajeno al derecho, es evidente que la regulación del *ius aedificandi* representa el eje mismo de esta manifestación del dominio" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 c))

<sup>128</sup> Art. 30.1 y 3, "Reducción del aprovechamiento urbanístico en actuaciones sistemáticas".



propiedad (artículos 206.1.f), 207.a), 227, 30.3, entre otros), finalidad a la que responde igualmente el régimen de la venta forzosa. En definitiva, el procedimiento expropiatorio, o el de venta forzosa, no constituyen, a juicio del Tribunal Constitucional, procedimientos sancionadores *stricto sensu*, ni estas medidas tienen una finalidad sancionadora a los efectos del art. 25 C.E. que, en consecuencia la sentencia no estima vulnerado (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 f))<sup>129</sup>.

En definitiva lo que ocurre es que el Tribunal Constitucional insiste en que uno de los deberes básicos de la propiedad sobre suelo urbano es solicitar la licencia de edificación en los plazos fijados (art. 20.1.d T.R.L.S.) y que los efectos derivados de su incumplimiento no son una expropiación-sanción, si no que derivan en una expropiación o venta forzosa en respuesta a la aplicación de la función social del derecho de propiedad urbana. Para el propio Texto Refundido se trata, en consecuencia, de una expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad (artículos 206.1.f), 207.a), 227, 30.3, entre otros), finalidad a la que responde igualmente el régimen de venta forzosa (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 f)).

Respecto a estas medidas cabe destacar que aquí, a diferencia de lo que ocurría con la propiedad agraria, el resultado de las actuaciones contrarias a la función social de la propiedad llevan a la expropiación o venta forzosa, mientras que en la propiedad agraria lo que ocurría es que ese incumplimiento, a juicio del Tribunal Constitucional no llevaba a una expropiación-indemnización si no que normalmente lo que se aplicaría sería un arrendamiento forzoso que no se indemnizaba si no que se entendía compensado con el pago del arrendamiento.

El incumplimiento de la función social de la propiedad urbana no lleva a la aplicación de una norma punitiva. Del concepto doctrinal de "expropiación-sanción" no cabe inferir expresa el Tribunal

---

<sup>129</sup> La Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2481/90 deducido contra los artículos 18.1 y 3 de la Ley 8/1990) impugna el art. 30.1 y 3 T.R.L.S. por cuanto, en su opinión, regula claramente una sanción urbanística que se impone en el caso de incumplimiento del deber urbanístico de solicitar la licencia de edificación dentro del plazo, establece alguna norma procedimental al respecto y obliga, finalmente, a la Administración actuante o bien a expropiar los terrenos o a proceder a su venta forzosa, extremos todos éstos para los que carece el Estado, entiende la Generalitat, de competencia alguna puesto que se trata de materias típicamente urbanísticas, sin perjuicio, en otro orden de cosas, de su dudosa compatibilidad, en cuanto a la expropiación-sanción se refiere, con las garantías que establece el art. 25 de la Constitución. El Tribunal Constitucional como ya se ha apuntado no acepta las alegaciones del Gobierno catalán<sup>129</sup> (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 f)).

Constitucional, "que se trate de una decisión con finalidad punitiva imputable a la 'culpabilidad' del infractor, sino de las consecuencias objetivas derivadas del estado de explotación insuficiente o nula de una finca que, por ser incompatible con la función social de la propiedad agrícola, se hace necesario remediar en atención a esa prioritaria finalidad" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 f)).

El incumplimiento de la función social de la propiedad urbana tiene unas consecuencias tan graves – como encarecer el acceso a la vivienda– que por ello es imprescindible tomar medidas para responder al mandato constitucional hacia los poderes públicos establecido en el art. 47 de la Constitución. En el derecho de propiedad urbana, "concurren especiales circunstancias en contraste con otras formas de propiedad", precisa la sentencia, "habida cuenta de la plusvalía generada como consecuencia de la acción urbanística de los entes públicos y de que el eventual incumplimiento de los deberes urbanísticos, señaladamente el de los plazos fijados, puede repercutir de ordinario en el encarecimiento de la vivienda y en la especulación, en contra de los<sup>130</sup> fines marcados por el art. 47 C.E" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 f)). En definitiva, el procedimiento expropiatorio, o el de venta forzosa, no constituyen, manifiesta el Tribunal Constitucional, procedimientos sancionadores stricto sensu, ni estas medidas tienen una finalidad sancionadora a los efectos del art. 25 C.E. que, en consecuencia, no ha podido ser vulnerado, lo que tampoco excluye, claro está, la necesidad de establecer las garantías procedimentales que aseguren su correcta aplicación y la posibilidad de que el propietario pueda alegar cuanto a su derecho convenga, extremo este que el propio art. 30.3 T.R.L.S. establece con carácter básico exigiendo que la resolución administrativa por la que se declare el incumplimiento se dicte previa audiencia del interesado, y que ya la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, entre otras garantías, contemplaba. (art. 75.a) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 f)).

El objetivo de la regulación de la propiedad urbana es impedir la especulación del suelo urbano y garantizar así el acceso a la vivienda (ex art. 47 CE).

---

<sup>130</sup> En el fundamento jurídico que sigue, en el g, el Tribunal Constitucional establece unos razonamientos similares respecto los art. 31.1. y 2., "Reducción del aprovechamiento en actuaciones asistemáticas" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 g))

El Tribunal Constitucional manifiesta en el fundamento jurídico 17 que el derecho de propiedad privada urbana tiene carácter temporal y que su objetivo es impedir la especulación. La decisión sigue haciendo afirmaciones en relación a la exigencia de solicitar la licencia de edificación en plazo. El proceso de progresiva adquisición y patrimonialización de las facultades dominicales- constituye un elemento esencial de la propiedad urbana. El “derecho” a edificar – el Tribunal Constitucional lo define así como “derecho a edificar” – está sometido al interés general que exige evitar la especulación y garantizar a todos los españoles, y españolas, el disfrute de una vivienda digna y adecuada en virtud del artículo 47 CE. Por lo tanto el proceso urbanizador y edificatorio no puede dejarse en manos de los propietarios (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 f))<sup>131</sup>.

Un aprovechamiento del terreno urbano inferior a la regla general, que se establece, no como sanción-expropiación – por no cumplir la propietaria con la función social—sino en base al interés general es coherente e idóneo para alcanzar el fin propuesto (la diferencia se considera proporcionada y por lo tanto el artículo que lo regula conforme al artículo 14 de la Constitución) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h))<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> “Esta dimensión temporal de la propiedad urbana y de su ejercicio mediante la materialización del aprovechamiento urbanístico, es decir, del derecho a edificar, tiene su respaldo en el mandato del constituyente de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, en conexión con el derecho de todos los españoles al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), directrices constitucionales éstas que quedarían desatendidas si la incorporación de los propietarios al proceso urbanizador y edificatorio quedase deferida a su libre y omnimoda decisión, desde una perspectiva temporal. Si bien la fijación de plazos, su prorrogabilidad o no, el instrumento en que deban establecerse y otras concreciones de la dimensión temporal de la propiedad urbana deban ser remitidas al legislador autonómico, como pertenecientes al ámbito de las concretas técnicas urbanísticas, es decir, de la ordenación urbana (art. 148.1.3ª C.E.). No ha de olvidarse, dicho en otros términos, que de las condiciones básicas de la propiedad urbana establecidas por el legislador estatal se infiere que la dimensión temporal -el proceso de progresiva adquisición y patrimonialización de las facultades dominicales- constituye un elemento esencial. Bajo este perfil, parece asimismo evidente que la referencia al tiempo o a la existencia y cumplimiento de plazos no sea sino uno de los elementos integrantes de tales condiciones básicas” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 f)).

<sup>132</sup> El art. 32 se titula: “Aprovechamiento atribuible en expropiaciones no motivadas por incumplimiento de deberes urbanísticos” y se aplica cuando el planeamiento prevé la realización de actuaciones urbanísticas por la vía expropiatoria en las que los propietarios quedan al margen del proceso de urbanización, sin soportar, por tanto, las cargas propias del mismo. El Tribunal Constitucional entiende que, desde una perspectiva constitucional, la consecuente asignación de porcentajes inferiores contiene una justificación objetiva y razonable. La diferenciación normativa, a juicio del Tribunal, en lo que a la cuantía del aprovechamiento se refiere y a su consiguiente valoración a efectos expropiatorios, responde a una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente admitidos, cuya exigencia debe aplicarse en relación con su finalidad. La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares considera que el artículo 32 TRLS es contrario al principio de igualdad en la ley (art. 14 CE). A juicio del Gobierno balear el artículo establece una distribución de cargas y beneficios injusta. Esta afirmación parte del presupuesto que la distribución se realiza en base a una circunstancia en todo ajena al titular, opinan los recurrentes, que viene dada por estar los terrenos destinados a sistemas generales o a dotaciones públicas de carácter

El Tribunal Constitucional estudia si la diferencia en los supuestos justifica tal disparidad normativa de acuerdo con la Constituci3n. La decisi3n recuerda que, en virtud de la doctrina del Tribunal (STC 76/1990, FJ 9º A), habr3a que indagar si la diferenciaci3n normativa, en lo que a la cuant3a del aprovechamiento se refiere y a su consiguiente valoraci3n a efectos expropiatorios, responde o no a una justificaci3n objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente admitidos, cuya exigencia debe aplicarse en relaci3n con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo guardar, por ello, una razonable relaci3n de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)). El Tribunal Constitucional mantiene que las diversidades normativas son conformes a la igualdad porque en ellas no aparece una finalidad que sea contraria a la Constituci3n – nosotros creemos que se refiere a que existe una habilitaci3n, incluso un mandato-- y porque, adem3s, “las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en t3rminos de razonable proporcionalidad, con el fin perseguido” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)). Es decir, los criterios interpretativos que se extraen es que mientras las normas guarden una “razonable proporcionalidad” con el fin perseguido, la diferencia no sea arbitraria y la norma se haya dictado en base a una habilitaci3n constitucional – se adecue a un fin constitucionalmente leg3timo—la norma ser3 constitucional y conforme al art3culo 14 CE. En este caso tambi3n, y una vez m3s, el Tribunal Constitucional se basa en un escrutinio medio – *mere scurtiny*—para cuestionar la constitucionalidad de una norma en relaci3n al principio de igualdad.

Los criterios que utiliza el Tribunal Constitucional para llegar a esta conclusi3n son: En primer t3rmino, debe verse si la finalidad perseguida por la norma y ulteriormente si el medio arbitrado -una valoraci3n inferior- guarda una relaci3n razonable de proporcionalidad, conforme a la doctrina expuesta por 3se (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)). Al respecto el Tribunal reconoce que no es f3cil identificar la finalidad o finalidades objetivas que la norma persigue en el complejo entramado normativo en el que se inserta. Sin embargo el propio t3tulo que encabeza el precepto ofrece algunas pistas, apunta la sentencia: Los objetivos de la norma, recogida en el art3culo 32, son

---

local (75%) o por estar incluidos en unidades de ejecuci3n a desarrollar por el sistema de expropiaci3n (50%). Con todo, el art. 32 contempla unos supuestos distintos y excepcionales respecto de la regla general del art. 27 y que, para el legislador estatal, son suficientes para justificar de forma objetiva y razonable un tratamiento diferenciado. As3 pues, y por lo que al precepto enjuiciado concierne, el legislador le atribuye al titular dominical una cuant3a o un porcentaje de aprovechamiento distinto (75 3 50%) al que rige con car3cter general en el art. 27 (85%), y ello, adem3s, por circunstancias no imputables al propietario (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)).

determinar la cuantía del aprovechamiento urbanístico cuando se obtiene por “expropiación” – que no parece que se refiera a la expropiación que implica indemnización si no a una limitación del derecho que puede ser o no “indemnizable”-- no motivada por el incumplimiento de los deberes dominicales – si no por razones de interés general, entendemos que se refiere nosotros-- y concurren determinadas circunstancias, finalidad que así entendida no puede tacharse en sí misma de arbitraria (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)). Por lo tanto, la “expropiación” – la limitación-- no por incumplimiento de la función social si no por necesidades derivadas del planeamiento, del interés general no se considera ni arbitraria ni contraria al artículo 14 CE (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h))<sup>133</sup>.

Estamos, pues, ante casos en los que el planeamiento prevé la realización de actuaciones urbanísticas por la vía expropiatoria y en los que los propietarios quedan al margen del proceso de urbanización, sin soportar, por tanto, las cargas propias del mismo. De ello se extrae que: “desde una perspectiva constitucional” la consecuente asignación de porcentajes inferiores – respecto la capacidad de edificar-- no carezca, a juicio del Tribunal, “manifiestamente” de toda justificación objetiva y razonable (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)). Es decir, la norma es proporcional. Ahora bien, puntualiza la sentencia, “para que tal diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue. Es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que de la distinción de los supuestos fácticos se derivan sean adecuadas a aquel fin y proporcionadas a las diferencias mismas a las que se viene a dotar así de trascendencia para el Derecho [STC 76/1990, fundamento jurídico 9º A]” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)). Por ello, es del todo irrelevante, asegura el Tribunal Constitucional, a efectos constitucionales, el hecho de que la aplicación del régimen previsto en el art. 32 TRLS no sea

---

<sup>133</sup> La decisión señala que en el Preámbulo de la Ley 8/1990 (apartado IV) se desvela la ratio de éste y otros preceptos. El Preámbulo afirma que por razones de coherencia, la valoración de los bienes expropiados o sujetos a venta forzosa (por incumplimiento de la función social de la propiedad) debe hacerse en función de las facultades urbanísticas efectivamente adquiridas, teniendo en cuenta la pérdida o reducción de dichas facultades que puedan derivarse del incumplimiento. Y con mayor razón, añade, en los supuestos en que la expropiación no sea la respuesta a un incumplimiento, el justiprecio deberá fijarse en función del aprovechamiento urbanístico correspondiente, ya que aquí no hay incumplimiento alguno imputable al expropiado, “teniendo en cuenta la inexistencia de carga alguna de gestión para éste” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)).

imputable al propietario; lo decisivo, continúa la sentencia, es más bien determinar si las consecuencias o efectos -un aprovechamiento inferior a la regla general- son coherentes e idóneos para alcanzar el fin propuesto y proporcionadas a tales diferencias (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)).

En base a los criterios que se acaban de exponer el Tribunal Constitucional concluye que, el enjuiciamiento abstracto de la norma en cuestión no permite afirmar que exista una absoluta y patente falta de proporcionalidad de la medida -única perspectiva que aquí cabe considerar (SSTC 66/1995, 55 y 207/1996)-, habida cuenta de las diversas circunstancias concurrentes en cada supuesto, según resulta de cuanto disponen los tres apartados del art. 30 en relación con la regla general fijada en el art. 27 T.R.L.S.. El definitiva, manifiesta el Tribunal Constitucional, la norma no es contraria al artículo 14 CE y desestima esta primera alegación (así como las alegaciones competenciales que entiende que ya quedaron resueltas cuando se analizó la cuestión del artículo 27 TRLS) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)).

*(xi) Los deberes de conservación de los edificios, de edificaciones ruinosas o inadecuadas o por ser patrimonio de interés público, no son una expropiación forzosa --no corresponderá indemnización-- y los costes además, irán a cargo del propietario.*

El art. 228.3 y 4 se refiere a "Edificaciones ruinosas e inadecuadas" y respecto a éste el Tribunal Constitucional dispone: "Ciertamente, entre las condiciones básicas que garanticen la igualdad, el Estado puede establecer ciertos deberes de conservación de los edificios, como establece el art. 228.1, en su primer párrafo (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 32 b)). La norma que establece "todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal" no sólo es constitucional si no que además garantiza un estatuto básico --conforme al principio de igualdad-- de la propiedad urbana y del derecho a edificar. Por lo tanto estamos también ante una delimitación del derecho de propiedad urbana justificada por la función social (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 34 a))<sup>134</sup>. Así, las

---

<sup>134</sup> El Tribunal Constitucional considera que el artículo es constitucional ya que está estableciendo el estatuto básico del derecho a edificar: "Hemos de situar la actividad edificatoria, en cuanto actividad final a la que han de incorporarse los propietarios de suelo tras la correspondiente urbanización, en el contexto del sistema que el legislador estatal ha diseñado como

ordenes de ejecución por motivos turísticos o culturales – “el deber de conservación”-- también se consideran una delimitación del derecho de propiedad, que, por lo tanto, no se indemnizará a menos que sean susceptibles de privar de toda rentabilidad económica o utilidad privada al derecho de propiedad urbana (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 34 b)).

Las medidas de intervención sobre el suelo y la vivienda, con el fin de evitar la especulación, tienen por objeto que las viviendas sean asequibles por el sector más desfavorecido de la población y se consideran también una delimitación del derecho de propiedad urbana (STC 207/1999, de 11 de noviembre)<sup>135</sup>.

La propiedad urbana está vinculada a la ordenación urbanística de la ciudad y se establece en el marco constitucional que incluye los artículos 33 y 47 CE. El Tribunal Constitucional describe cuál ha sido el planteamiento del legislador, el legislador estatal, en la LRSV. La propiedad urbana, afirma la Ley (y ratifica el Tribunal Constitucional), está vinculada a la ordenación urbanística de la ciudad (STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6))<sup>136</sup>. En relación con la reiterada mención de la LRSV al

---

estatuto básico de la propiedad urbana, desde su competencia ex art. 149.1.1º C.E. En tal sentido, el acto de edificación implica la materialización sobre un determinado terreno -solar- del aprovechamiento urbanístico patrimonializado por el titular dominical de aquel, de tal manera que el acto autorizatorio de la licencia municipal no es sino el modo de control o intervención administrativa para fiscalizar si se ha producido la adquisición de dicha concreta facultad urbanística, cual es el “derecho a edificar”, cumpliendo así la licencia no sólo la finalidad de comprobar si la edificación proyectada se ajusta al Plan y a la legislación urbanística sino también, como prescribe el art. 242.4, para las actuaciones asistemáticas, si el aprovechamiento proyectado se ajusta al susceptible de apropiación” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 34 a)). El artículo, al exigir la licencia para “todo acto de edificación” “responde a la lógica interna de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos de la propiedad urbana (derecho a edificar)” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 34 a)).

<sup>135</sup> El recurso se estima tan sólo en parte (y respecto a cuestiones competenciales que no hemos tratado aquí).

<sup>136</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio responde a varios recursos de inconstitucionalidad -- RI 3004/98, 3144/98 y 3182/98 (acumulados). Estos son promovidos por el Parlamento de Navarra; ochenta y cuatro Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, el Grupo Federal de Izquierda Unida y el Mixto; y el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura contra la Ley de las Cortes Generales 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones. En la decisión se discuten en especial aspectos competenciales (en materia de urbanismo y derecho de propiedad). También se reflexiona sobre qué es un planeamiento general y de desarrollo; dónde está el equilibrio entre la acción pública y la participación privada; cómo debe entenderse el reparto de beneficios y las cargas derivados del planeamiento; la participación pública e información urbanística; la clasificación del suelo; las facultades y los deberes urbanísticos de los propietarios de suelo; consolidación del suelo urbano; cesiones de aprovechamiento; derecho de consulta; autorización de usos y obras de carácter provisional o de interés público; valoración de los terrenos; expropiaciones urbanísticas; derecho de reversión; indemnizaciones; Ceuta y Melilla; territorios insulares; disposiciones transitorias. Nulidad parcial e interpretación de la ley. En primer término el Tribunal Constitucional establece que la resolución de los recursos de inconstitucionalidad acumulados ha de partir de la doctrina que, sobre las competencias urbanísticas y sus concurrentes, estableció este Tribunal en la Sentencia

"planeamiento", sin más, el Tribunal Constitucional afirma que la LRSV: "en el marco constitucional que establecen los arts. 33 y 47 CE, ha optado por vincular estrechamente la propiedad urbana a la ordenación urbanística de la ciudad" (STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6)). Ello es debido a que el derecho de propiedad urbana está vinculada a la ordenación de la ciudad. Existe una exigencia de planeamiento u ordenación urbanística que es instrumental respecto de la regulación de la propiedad urbana, y del derecho de propiedad.

En ese contexto, a juicio del Tribunal Constitucional el contenido y disfrute de la propiedad urbana dependerá de las diversas opciones de contenido y disfrute de la propiedad urbana política urbanística que se adopten en cada ciudad: clasificación del suelo; asignación de usos y sus magnitudes; localización de las dotaciones públicas, entre otras " (STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6) a). Esa vinculación de la propiedad urbana a la ordenación de la ciudad lleva a que la LRSV considere inherente a su propia regulación la existencia de planeamiento urbanístico; esto es, de aquel instrumento de ordenación que determine el haz de facultades urbanísticas sobre cada terreno y haga compatible el disfrute de las facultades urbanizadoras y edificatorias con la estructura y singularidades de cada ciudad " (STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6) a).

La LRSV, describe el Tribunal, no exige ninguna clase específica de plan urbanístico; presume, sólo, la existencia del planeamiento suficiente para el disfrute del derecho de propiedad urbana, y con ello el Tribunal Constitucional coincide: "Cuál sea el tipo de acto jurídico que contenga ese planeamiento, cómo se denomine y cuál sea su contenido, son decisiones urbanísticas que corresponden a cada Comunidad Autónoma" " (STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6) a). Existe pues, una exigencia

---

61/1997, de 20 de marzo, sobre la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y sobre el Real Decreto Legislativo 1/1992, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante TRLS). Lo que en este caso realiza el Tribunal Constitucional, aclara éste, es: "aplicar aquella doctrina constitucional a la singularidad de los preceptos impugnados y en el propio contexto en el que han de aplicarse los preceptos cuestionados. Debemos destacar, en este sentido, que el contexto sistemático de los preceptos de la LRSV es bien diferente, hoy, al de las normas sobre propiedad urbana, expropiación y valoraciones del TRLS. El texto refundido de 1992 presentaba una clara vocación de regulación completa del Derecho urbanístico y de la propiedad urbana, ya fuera mediante normas básicas, supletorias o de "aplicación plena". De esta forma, el TRLS de 1992 contenía numerosas normas propiamente urbanísticas (sobre planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanísticos) que calificaba de supletorias". (STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 3). Aquellas normas urbanísticas, que se trataron en la sentencia 61/1997, -pretendidamente supletorias—configuraban un contexto normativo en el que tomaban un sentido preciso las normas -no propiamente urbanísticas—sobre la propiedad urbana, expropiaciones y valoraciones. El contexto normativo en el que cobran sentido los preceptos de la LRSV es, manifiesta el Tribunal Constitucional, totalmente diverso. (STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 3). Ahora bien a lo que se refiere el Tribunal Constitucional que se trató en la sentencia STC 61/1997 son cuestiones sobre todo competenciales.



de planeamiento u ordenación urbanística que, por un lado, resulta claramente instrumental respecto de la regulación de la propiedad urbana (*ex art. 149.1.1 CE*) y que, por otro lado, respeta la competencia de cada Comunidad Autónoma para disponer qué instrumentos urbanísticos deben ordenar sus ciudades (STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6) a).

Lo relevante, concluye el Tribunal en el apartado siguiente del fundamento jurídico, desde la perspectiva patrimonial de la LRSV, a la que se refiere el propio art. 1 de la Ley, es que exista una ordenación urbanística en cada caso y que ésta sea suficiente para el disfrute de los derechos de propiedad urbana y para asegurar la coordinación de aquellos derechos con la estructura propia de la ciudad sobre la que se asientan<sup>137</sup> (STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6) b).

Corresponde a los entes públicos dirigir la acción urbanística de modo que fomente la participación privada, de los particulares, sean propietarios o no. Esto forma parte de la regulación del derecho de propiedad urbana e implicara unos límites, sin indemnización, para las propietarias.

La legislación autonómica es la que debe delimitar los ámbitos de participación e iniciativa propios del propietario y, en su caso, del empresario urbanizador. La impugnación del art. 4 LRSV no prosperar, señala el Tribunal Constitucional, a la vista de la doctrina sentada en la STC 61/1997, FJ 14 c). En consecuencia, rechaza todos los motivos de impugnación relatados en el antecedente 10 de esta Sentencia. De una lectura conjunta de los tres apartados del art. 4 LRSV el Tribunal Constitucional concluye que este precepto atribuye a los entes públicos la dirección de la acción urbanística. Y, afirmada la dirección pública, impone el fomento de la participación privada (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 9)).

El Tribunal Constitucional ya manifestó en la sentencia 61/1997 (FJ 14 c), que es el propio artículo 47 de la Constitución el que impone a los poderes públicos la regulación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general. Conforme con este principio rector el art. 4 LRSV ha adoptado, en lo que ahora importa, dos criterios normativos, expone la sentencia: la sustracción del control y

---

<sup>137</sup> Con esta interpretación, termina el Tribunal podemos concluir que el Estado no invade las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas cuando prevé la existencia de "planeamiento general" o "planeamiento de desarrollo"(STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6) b).

dirección de las actuaciones urbanísticas a los mecanismos de mercado (y por tanto a las decisiones de los propietarios o empresarios); y la participación de los particulares (propietarios o no) en la acción urbanística pública (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 9)). Estas dos opciones normativas establecen, subraya el Tribunal Constitucional, con carácter general, límites al posible juego de los derechos de propiedad (art. 33.1 CE) y –en su caso– de libre empresa (art. 38 CE) en relación con un bien escaso como es el suelo (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 9)).

El Tribunal Constitucional, como hizo en la STC 61/1997 (FJ 14 c)), mantiene que esta regulación establece condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de empresa. Por ello, en el marco de esta regulación, corresponde a cada Comunidad Autónoma la concreta articulación de la acción urbanística pública con la participación o iniciativa privadas (así, mediante la regulación de los sistemas o técnicas de ejecución del planeamiento y, en relación con ello, del derecho a promover la transformación de suelo urbanizable) (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 9)). Es en el marco de la legislación autonómica donde deben quedar delimitados los ámbitos de participación e iniciativa propios del propietario y, en su caso, precisa la sentencia, del empresario urbanizador (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 9)). El Tribunal Constitucional toma esta decisión en base a que, a su parecer, el proceso urbanizador no tiene porque tener siempre consecuencias económicas directas a pesar de que reconoce que la transformación urbanística del suelo sí que es una actividad económicamente relevante<sup>138</sup> (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 9)).

Los propietarios deberán contribuir, en los términos establecidos en las leyes, a la acción urbanística de los entes públicos, a los que corresponderá, en todo caso, la dirección del proceso, sin perjuicio de respetar la iniciativa de aquéllos – que no por ello se entiende garantizada (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 9)). La legislación urbanística, por otro lado, debe garantizar la participación pública en los procesos de planeamiento y gestión, así como el derecho a la información de las entidades representativas de los intereses afectados por cada actuación y de los particulares. Toda

---

<sup>138</sup> “No cuestionamos que la transformación urbanística del suelo sea una actividad económicamente relevante pero sí que la simple previsión de dirección pública en el proceso urbanizador tenga consecuencias económicas directas. Además, la transformación urbanística del suelo es sin discusión uno de los núcleos centrales que integran la materia "urbanismo". Sobre estas premisas debemos concluir que la previsión de la dirección urbanística pública (aunque con mandato de participación privada) es una opción legislativa que queda fuera de la competencia estatal *ex art. 149.1.13 CE*” (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 9)).

administrada tiene derecho a que la Administración competente le informe por escrito del régimen y condiciones urbanísticas aplicables a una finca o ámbito determinado.

La clasificación del suelo como no urbanizable en base a que el suelo sea incompatible con la transformación urbanística o que sea inadecuado para un desarrollo urbano es una delimitación del derecho de propiedad urbana sobre este tipo de suelos conforme a la Constitución – que no implicará, en general, indemnización. Estos dos criterios mínimos, además, sirven así como criterios mínimos de igualdad de todos los derechos de propiedad sobre este tipo de suelos (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 14 b)).

El suelo se clasifica como no urbanizable si existe una inadecuación para un desarrollo urbano. La deficiente adecuación se da cuando aparecen valores o fines que hacen necesaria la preservación del suelo. Estos valores pueden ser agrícolas, forestales, ganaderos, la protección de riquezas naturales o cualquier otro conforme con la Constitución. En estos casos estamos ante una delimitación del derecho de propiedad constitucional (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 14 b)).

La norma que establece que el suelo, a los efectos de esta Ley, que no tenga la condición de urbano o de no urbanizable, tendrá la consideración de suelo urbanizable, y podrá ser objeto de transformación en los términos establecidos en la legislación urbanística y el planeamiento aplicable a pesar de que realmente está acotando el derecho de propiedad urbana – ya que en el caso de no clasificación el suelo no pasa a ser “urbano”-- es una delimitación constitucional del derecho de propiedad (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 15)).

Por otro lado, una clasificación del suelo en la que no primen los criterios medioambientales es constitucional y sigue siendo una delimitación del derecho de propiedad urbana – teniendo en cuenta además que en la concreción del plan sí podrán primar los intereses ecológicos (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 15)).

Respecto al suelo urbano ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración todo el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio del ámbito de desarrollo en el que sus terrenos resulten incluidos y ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya en el ámbito correspondiente, a efectos de su gestión es una regulación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución que además no incluye indemnización (STC

164/2001, de 11 de julio (FJ 21)).

En los territorios insulares la legislación urbanística, la delimitación del contenido del derecho de propiedad del suelo, se condiciona por la peculiaridad del hecho insular, su limitada capacidad de desarrollo territorial y la necesidad de compatibilizar una suficiente oferta de suelo urbanizable con la protección y preservación de los elementos esenciales del territorio. Las regulaciones en esa dirección son conformes a la Constitución (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 51)). La regulación de la propiedad del suelo urbano en base a la clasificación de los terrenos es una delimitación constitucional del derecho de propiedad urbana (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 53)).

En base a lo expuesto hasta aquí ocurre que un plan urbanístico que determina que una finca que en el anterior planeamiento venía calificada como “zona de industria existente”, y que ahora pasa a tener consideración de “suelo no urbanizable protegido de zona verde”, al tiempo que se recalifican como suelo industrial los terrenos del polígono de otra zona, que tenían la consideración de zona verde, es una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución. Además la calificación de cada uno de estos terrenos la realiza la Administración con el fin de proteger los intereses de los vecinos – y no los de los propietarios-- y se considerará correcta mientras no sea del todo arbitraria --por más que el propietario insista y demuestre que hubiese sido más lógico optar por otra clasificación (sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) (FJ 4). Otro ejemplo es: Un plan que declara calle peatonal una manzana del casco antiguo de la ciudad y que dentro de ese mismo espacio permite el aumento de alturas es una delimitación del derecho de propiedad urbana constitucional mientras no se demuestre lo contrario – mientras no se pruebe que es arbitrario (sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) (FJ 3).

#### **4. 3. LA FUNCIÓN SOCIAL Y EL MEDIO AMBIENTE.**

##### *(i) Introducción.*

El medio ambiente forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad privada. Las limitaciones que puedan imponerse al derecho de propiedad con el fin de establecer espacios protegidos son una delimitación del derecho de propiedad conforme a la Constitución que no exigen indemnización (STC 170/1989, FJ 8 b). La delimitación del derecho de propiedad privada sobre bienes ubicados en

espacios protegidos deberá realizarse partiendo de las previsiones de otros preceptos constitucionales. Los poderes públicos deben «delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes». En general, en la regulación del derecho de propiedad relacionada con aspectos ecológicos, aparte del medio ambiente deberán atenderse otros intereses como son los establecidos en los artículos 128.1, 40, y 130 de la Constitución, entre otros. El medio ambiente forma parte de casi todos los derechos de propiedad, por ello muchas de sus características generales en relación al derecho de propiedad se verán caso por caso y también específicamente en cada tipo de propiedad.

Las prioridades de la función social que se establecen respecto al derecho de propiedad sobre bienes que o están ubicados en parques naturales o que son ecológicos o que tienen un especial valor medioambiental o pueden incidir en éste debe señalarse que son las que se establecen en los artículos constitucionales 128.1, 40, 45 y 130 de la Constitución. Es decir, y viendo que los elementos coinciden, estamos ante un tipo de derecho de propiedad que tiene por objeto una regulación que sea conforme con la noción de desarrollo sostenible.

Así, la prohibición general de actividades extractivas en las zonas de reserva natural, tanto integral como educativa, y la prohibición del aprovechamiento de los recursos naturales incompatibles con las finalidades que hayan justificado la creación del Parque son unas delimitaciones del derecho de propiedad conformes a la Constitución que, en general, no comportan indemnización. Es decir, no estamos ante una expropiación *ope legis* (STC 170/1989, FJ 8)<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> La sentencia sobre el Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares (STC 170/1989, 19 de octubre) responde a un recurso de inconstitucionalidad promovido por 50 Diputados contra la Ley de la Comunidad de Madrid, 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares. Dicho recurso, que es desestimado, se basa en dos tipos de motivos, en primer lugar, que la Ley impugnada no ha respetado la legislación básica del Estado, en segundo lugar, se entiende que algunas disposiciones de dicha Ley lesionan determinados preceptos de índole constitucional. La sentencia del Tribunal Constitucional decide que la Ley establece una regulación del derecho de propiedad ubicado en el Parque conforme a la Constitución. A juicio del Tribunal el establecimiento de limitaciones, prohibiciones y vinculaciones de los derechos patrimoniales con carácter no indemnizable es constitucional si tiene como objetivos intereses protegidos por la Constitución. En primer término el Tribunal Constitucional, y en relación a la doctrina establecida en la STC 64/1982, establece que ahora estamos ante un supuesto distinto. En dicha Sentencia (fundamento jurídico 6.º) se afirma que la necesaria armonización de la protección del medio ambiente con la protección de los recursos económicos, supone que aun cuando es constitucionalmente admisible la imposición de una carga adicional para la protección del medio ambiente, es contrario a la Constitución «la prohibición con carácter general de las actividades extractivas de las secciones C y D (de la legislación minera), que son las de mayor importancia económica, en una amplia serie de espacios aunque se exceptúen de esa prohibición los casos en que a nivel estatal y según el plan energético o cualquier otro análogo sea definida la prioridad de aquella actividad con referencia a otros intereses públicos concurrentes (art. 3.3 de la Ley catalana). En este caso, estima el Tribunal Constitucional la solución es

(ii) *La delimitación del derecho de propiedad privada sobre bienes ubicados en espacios protegidos deberá realizarse partiendo de las previsiones de otros preceptos constitucionales. Los poderes públicos deben «delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes».*

En este caso estamos ante unos bienes que se disfrutaban en el marco de un parque natural por lo tanto los intereses que deberán atenderse son los establecidos en los artículos 128.1, 40, 45 y 130 de la Constitución, entre otros.

Respecto a las limitaciones de derechos y que la Ley declara «no indemnizables» el Tribunal Constitucional interpreta que la Ley no introduce privación alguna del derecho de propiedad o de cualquier otro bien jurídico que deba ser indemnizable; «la Ley impugnada sencillamente delimita el derecho de propiedad de los terrenos incluidos en el Parque sin entrar en ninguno de los supuestos

---

distinta ya que las limitaciones se aplican sobre casos concretos y como se dijo en la decisión STC 64/1982: «Cuestión distinta es que se pueda prohibir la actividad minera en casos concretos». La Ley de creación del Parque está estableciendo una prohibición limitada a unos terrenos muy concretos, con lo cual la norma es constitucional (STC 170/1989, FJ 7). Así puede observarse que, en este supuesto, el Tribunal Constitucional no aplica la teoría de la singularidad que ha utilizado en otras ocasiones para identificar un caso de expropiación forzosa.

Respecto a la prohibición del aprovechamiento de los recursos naturales incompatibles con las finalidades que hayan justificado la creación del Parque el Tribunal Constitucional expone que a pesar de que la Ley impugnada no haga referencia expresa, a diferencia de la Ley catalana, a la existencia de un interés público prioritario, el mismo ya resulta implícito también en la propia referencia contenida en la Ley estatal 4/1989, cuyo art. 13.2 prevé la prohibición del aprovechamiento de los recursos naturales incompatibles con las finalidades que hayan justificado la creación del Parque. En este caso pues, estamos ante dos delimitaciones del derecho de propiedad compatibles con la Constitución. Y a ello añade el Tribunal que: «La existencia de estas cautelas, el carácter territorialmente limitado de la prohibición, y su escasa repercusión en el interés general económico, permiten entender que el legislador autonómico ha ponderado adecuadamente los valores constitucionales protegibles y que, por ello, el art. 14.2 c) de la Ley autonómica no es contrario al art. 128.1 CE» (STC 170/1989, FJ 7) y por ende tampoco al artículo 33 CE tal y como afirma en el fundamento jurídico siguiente. En el fundamento jurídico octavo la sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989 muestra los criterios en base a los que decide que la Ley no vulnera el artículo 33 de la Constitución: Las dos cuestiones que se plantearon por los recurrentes que a su juicio eran contrarias a la Constitución, al artículo 33 CE eran: la existencia de expropiación *ope legis*, y el establecimiento de limitaciones, prohibiciones y vinculaciones de los derechos patrimoniales con carácter no indemnizable. El Tribunal Constitucional declara que en ningún momento realiza expropiación en el sentido constitucional del término. La sentencia critica que el recurso se limita a denunciar la existencia de esta figura sin concretar en qué consiste (STC 170/1989, FJ 8). Con lo que el Tribunal concluye que de la lectura de los citados preceptos no puede extraerse que exista una privación de propiedad alguna de los terrenos incluidos en el Parque Regional, o de cualquier otro derecho que deba ser indemnizable, por lo que no existe medida ablativa del derecho de propiedad (STC 170/1989, FJ 8). La Ley realiza, eso sí, afirma la decisión, una configuración de los derechos existentes sobre dichos terrenos que, sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá, no supone en sí misma privación de propiedad alguna, ni de bienes y derechos patrimoniales, sino «sólo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger». Por otra parte en algunos casos, excepcionales y singulares, puede iniciarse el procedimiento expropiatorio, pero eso es algo que no se decidirá en la presente sentencia. No cabe duda, subraya el Tribunal, que «si las exigencias que impone la protección de los espacios naturales llevara al poder público a estimar necesaria la expropiación, ésta se vería obviamente sujeta a la legislación vigente en materia de expropiación; y lo mismo ha de decirse en relación con cualquier otra limitación singular de un derecho patrimonial susceptible de provocar daños que aunque legítimos deban ser objeto de resarcimiento» (STC 170/1989, FJ 8).

legalmente indemnizables” (STC 170/1989, FJ 8 b). El Tribunal Constitucional a continuación reconoce que el límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse (art. 33.2 de la Constitución) no es siempre fácil de determinar. En este sentido, debe recurrirse precisa la sentencia a la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales, (STC 170/1989, FJ 8 b).

En la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales se ha señalado, recuerda el Tribunal Constitucional, respecto del derecho de propiedad, que “la fijación de el contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo» -STC 37/1987” (STC 170/1989, FJ 8 b). El Tribunal Constitucional concluye que partiendo de este dato y de las previsiones de otros preceptos constitucionales (artículos 128.1, 40, 45 y 130, entre otros), los poderes públicos deben «delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes» (STC 170/1989, FJ 8 b).

El derecho de propiedad, en general, y el derecho de propiedad que se disfruta en los espacios protegidos en concreto, es un derecho que se delimitará de manera que sea reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho. En este caso estamos ante un momento histórico en que el medio ambiente es relevante.

La delimitación del derecho de propiedad no supone, claro está, continúa el Tribunal Constitucional, “una absoluta libertad del poder público que llegue «a anular la utilidad meramente individual del derecho» , o, lo que es lo mismo, el límite se encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho” (STC 170/1989, FJ 8 b).

Una delimitación del derecho de propiedad que tiene por objetivo proteger el medio ambiente – “medidas tendentes a proteger el espacio natural”-- no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados. El artículo 45 de la Constitución forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad. Las limitaciones del derecho de propiedad que introduce la Ley madrileña con carácter no indemnizable no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados, al tratarse de medidas tendentes a proteger el espacio natural (STC 170/1989, FJ 8 b). Estas medidas podrán

aplicarse de acuerdo con la distinta calificación del terreno y en cumplimiento del mandato que impone el art. 45 CE.

En la propiedad agraria, la planificación es una delimitación del derecho de propiedad que beneficiará el medio ambiente y ello, por se conforme a la Constitución, no requerirá en general, indemnización. Es decir, el medio ambiente juega como uno de los factores determinantes para delimitar, también, el contenido esencial del derecho de propiedad agrícola (sentencia de la AT de Cáceres de 11 de octubre de 1988 (sala contencioso administrativo) (FJ 3)).

El medio ambiente delimitará el contenido esencial del derecho de propiedad en general y en concreto del derecho de propiedad agraria y del derecho de propiedad urbana. La delimitación del contenido esencial del derecho de propiedad sobre suelo urbano viene afectada por los intereses medioambientales --aparte de los que se encuentran establecidos en el artículo 47 CE. Si bien en estos supuestos el medio ambiente no está en una posición central del análisis, la gran mayoría de decisiones, que tratan sobre planificación, tienen en cuenta el medio ambiente -- así como los mismos planes urbanísticos. Si en la propiedad urbana quizás el principal interés que se intenta proteger es el acceso a una vivienda digna -- artículo 47 CE-- en la agrícola es el desarrollo del sector rural. Sin embargo, como ya se vio en los capítulos que preceden a éste, en ambos casos el medio ambiente sigue siendo parte esencial del derecho de propiedad, forma parte de su función social, y en base a éste se delimitan tales propiedades. Para no repetir lo ya dicho nos remitimos a los capítulos anteriores. Aquí tan sólo se analizarán los casos sobre derecho de propiedad urbana que se ven especialmente limitados por la creación de un espacio natural protegido.

Una planificación urbanística que tiene como objetivo la protección de un espacio natural no se considera limitación de derechos suficiente como para que lleve a una indemnización. Ello es una delimitación del derecho de propiedad urbana --o en todo caso una limitación no indemnizable-- que se realiza en base al artículo 45 de la Constitución. El artículo 45 CE obliga a los poderes públicos, y en concreto a la Administración, a preservar el medio ambiente. En este caso el medio ambiente es prioritario ante otros intereses, como pueden ser los empresariales o económicos de unos pocos que puedan surgir a corto plazo -- ya que globalmente y a medio y largo plazo se entiende que la protección del medio ambiente beneficiará el desarrollo económico también. (TSJ Baleares dictó sentencia de 26 de julio de 1989 (FJ 3)).

Una regulación del derecho de propiedad con el objetivo de proteger el medio ambiente a través de



una Ley singular no es contraria a la Constitución ni vulnera en concreto el artículo 33.3 CE. Además el derecho a la tutela judicial efectiva no se ve conculcado porque las propietarias pueden pedir al Tribunal correspondiente que presente la cuestión de inconstitucionalidad (STC 248/2000, FJ 1).

Por otro lado, la clasificación como suelo no urbanizable especialmente protegido que realiza la Administración a través de Plan Urbanístico en un lugar en que existe una industria, en el que en sus alrededores se va a construir un parque, y en el que se compensa a la industria a través de un cambio de terrenos, y no con dinero, es una delimitación del derecho propiedad con el fin de proteger el medio ambiente conforme a la Constitución (sentencia de 7 de abril de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>, Sección 5<sup>a</sup>) (FJ 3)). Asimismo, una Ley canaria que atribuye diversas facultades de suspensión de actos de edificación y de otros usos del suelo, en defensa del medio ambiente a la Comunidad Autónoma y que limita la regulación sobre la propiedad que pueda tener un ente local --puede establecer la suspensión sobre los propietarios aún cuando éstos tengan una licencia de obras-- es conforme a la Constitución y a la distribución de competencias (SSTC 213/ 1988, FJ y STC 148/1999, FJ 3). En suma, todas las limitaciones que puedan establecerse en el derecho de propiedad que quiera ejercerse dentro de un Parque o Reserva que se impongan con el fin de proteger espacios naturales, flora y fauna silvestres, son constitucionales. Es decir, estamos ante una delimitación del derecho de propiedad (STC 102/1995, 26 de junio de 1995, FJ 14 F b)). También es una delimitación del derecho de propiedad conforme a la Constitución --que no deberá indemnizarse-- la declaración de un bien de propiedad privada como *res extra commercium* si los fines de la regulación son proteger el medio ambiente - especies y ecosistemas (STC 66/1991, FJ 3).

Recapitulando, el medio ambiente aparece en casi todas las sentencias sobre el derecho de propiedad privada indirecta o indirectamente, en primer término o de manera secundaria. Como ya se ha visto el medio ambiente forma parte de la función social de la propiedad agrícola, que aparece como una condición para lograr el desarrollo sostenible del sector rural; en la propiedad urbana, que es un requisito para lograr una vivienda digna; en la forestal, los bosques deben explotarse en concordancia con el medio ambiente; de la propiedad industrial, la industria debe llevarse a término de manera que no suponga un menoscabo excesivo para el medio ambiente, para asegurar un desarrollo sostenible; del derecho de propiedad en relación a bienes de dominio público, el medio ambiente justifica allí el rigor de la función social en estos casos; el derecho de propiedad ante otro derecho de propiedad, como en el caso Airtel, en que se prohíben antenas de telefonía móvil también por razones, aparte de salud, medioambientales, ... En definitiva, afirmamos que el medio ambiente se encuentra en la regulación

del derecho de propiedad en la mayoría de los casos con mayor o menos intensidad y forma parte de la nueva regulación del derecho de propiedad privada que recoge la Constitución y que debe asumirse hoy. En este capítulo tan sólo se han descrito las decisiones judiciales que directamente afectaban al medio ambiente o que lo estudiaban desde alguna perspectiva especial. No se han incluido todas las sentencias que se refieren al medio ambiente ya que si no serían todas las que aparecen en el presente estudio o casi todas. Deberá observarse pues, y así lo hemos hecho, --y a ello no remitimos-- en las otras propiedades -- la urbana, la agrícola, la industrial,... -- cuál ha sido la relevancia del medio ambiente para acabar de tener un cuadro completo de la relevancia del medio ambiente en el concepto actual de propiedad privada.

## **CAPÍTULO SEGUNDO:**

# **EL PRINCIPAL LÍMITE A LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA: EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA.**

### **I. CONCEPTO UNITARIO, CONFIGURACIÓN Y NATURALEZA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD COMO LÍMITE Y GARANTÍA DE LA FUNCIÓN SOCIAL Y EL INTERÉS GENERAL (LA FUNCIÓN SOCIAL (RODOTA) Y LA GARANTÍA DE LA LIBERTAD-SEGURIDAD (ALEMANIA-F. REY) COMO ELEMENTOS UNIFICADORES DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD).**

#### *(i) Introducción.*

La propiedad privada en nuestra Constitución, a diferencia de lo que ocurría en el sistema anterior, goza de una doble garantía: la reserva de ley y la necesidad de respeto de su contenido esencial. La reserva de ley debe entenderse hecha a favor de la ley formal --ni el artículo 81.1 ni el 86.1 de la Constitución hacen referencia al derecho de propiedad (STC 37/1987, FJ 3). El legislador, al desarrollar el estatuto de la propiedad deberá respetar su contenido esencial. El significado de esta garantía es difícil de establecer, y en especial en un sistema como el nuestro en el que fue incorporada con la Constitución de 1978, y en el que además puede jugar un papel clave el establecimiento de la delimitación del alcance del derecho para distinguir ésta de una expropiación -- indemnizable.

El artículo 53.1 de la Constitución establece que todos los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I vinculan los poderes públicos y que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se

tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 165.1.a) CE. La fórmula del contenido esencial proviene del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante "LF") con la diferencia de que el artículo alemán no contiene una habilitación al legislador para interferir en el ámbito de las libertades, sino tan sólo un límite específico que opera cuando posee esa habilitación en virtud de otro título, mientras que en el artículo 53.1 CE sí que reconoce una reserva genérica en favor de la ley, con el fin de regular el ejercicio de estos dcs que deberán someterse al límite del contenido esencial (Otto, 1988: 93)<sup>1</sup>. En Alemania se debate si la cláusula del contenido esencial entra en juego sólo en la actividad limitadora o también en cualquier tipo de actividad normativa relativa a los dcs fundamentales. En España, en cambio, el respeto al contenido esencial se exige en todo caso (Rey, 1994: 304)<sup>2</sup>.

La doctrina (Díez-Picazo (1991)<sup>3</sup>, Gavara de Cara (1994)<sup>4</sup>, Rubio Llorente (1995)<sup>5</sup>,...), así como el Tribunal Constitucional --en concreto a partir de la básica sentencia 11/1981, de 8 de abril sobre el Decreto-ley de huelga sobre el contenido esencial de los derechos--, entienden, como se defiende aquí, que el Capítulo II del Título I aparte de incluir a los derechos denominados <<fundamentales>> y a las <<libertades públicas>> afecta así mismo (y a éstos se refiere también el artículo 53.1 CE), a los <<derechos y deberes de los ciudadanos>>, reconocidos en los artículos 30 a 38 CE. Ello implica que en cada uno de estos preceptos deberá determinarse --delimitar en el caso del legislador-- cuál es el contenido esencial de cada uno de los derechos reconocidos. Así, para muchos autores la cláusula del contenido esencial puede considerarse retórica o declarativa (Cruz, 1989: 74). Esta cláusula no es más que un recordatorio de lo que ya se deriva de la visión global de los derechos fundamentales, en el marco de una Constitución. Se trata de una cláusula que intenta evitar en todo caso la arbitrariedad y la

---

<sup>1</sup> L. Martín-Retortillo e I. de Otto y Pardo, *Derechos Fundamentales y Constitución* (Madrid: Civitas, 1988).

<sup>2</sup> F. Rey Martínez, *La propiedad privada en la Constitución española* (Madrid: CEC, 1994).

<sup>3</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

<sup>4</sup> J.C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid: CEC, 1994).

<sup>5</sup> F. Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)* (Barcelona: Ariel Derecho, 1995).

desproporción (Haberle, 1991; Hesse, 1983 y Rey, 1994)<sup>6</sup>.

Como ya se apuntó en el Capítulo Primero en nuestro ordenamiento por derechos fundamentales deben entenderse los derechos naturales democráticamente constitucionalizados, que tienen eficacia directa, vinculan a los poderes públicos son indisponibles por parte del legislador en su contenido esencial y son objeto de control judicial y constitucionalidad. Éste es “el contenido mínimo pero suficiente para la definición de un derecho como derecho fundamental” (Pérez Royo, 1999: 277)<sup>7</sup>. La Constitución pues, reconoce como derecho fundamental no sólo los de la Sección Primera del Capítulo Segundo y el artículo 14 CE, sino también a los de la Sección Segunda. Todos los derechos y libertades reconocidos en el Título Segundo son derechos fundamentales. Ahora bien, de ella se desprende también que nominalmente los únicos derechos fundamentales son los derechos reconocidos entre los artículos 15 y 29 CE. Con este calificativo, señala el Tribunal Constitucional y la doctrina (Aguiar de Luque, 1983; Alexy, 1993; Cruz Villalón, 1989; Freixes Sanjuán, 1991; García Torres, 1988; Gavara de Cara, 1994; Martín Retortillo, 1988; Peces Barba, 1983; Prieto Sanchís, 1990 y Solozábal, 1991; entre muchos otros<sup>8</sup>), la Constitución no se refiere a la naturaleza de esos derechos sino a su estatuto constitucional, que es distinto de los demás derechos fundamentales y mucho más reforzado. Pérez Royo pues, realiza la siguiente distinción entre derechos fundamentales a la cual nos adherimos: los derechos nominal y sustancialmente fundamentales, que gozan de un plus de protección y que son los derechos de la Sección Primera; los derechos sustancialmente fundamentales, que gozan de un plus parcial de fundamentalidad: que son la igualdad y la objeción de conciencia; y los derechos

<sup>6</sup> I. de Otto, asimismo precisa que “la garantía del contenido esencial tiene valor declarativo y no constitutivo: no añade ningún límite de los límites distinto del que resulta del propio valor constitucional de los derechos fundamentales. Por eso la garantía del contenido esencial no es privativa de derechos fundamentales, sino común a cualquier norma constitucional” (1988: 127).

<sup>7</sup> J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* 6ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 1999).

<sup>8</sup> Aguiar de Luque, “Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español”, *RDPol. (UNED)* 18-19 (1983); R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, 1993); P. Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *REDC* 25 (1989); T. Freixes Sanjuán, *Constitución y Derechos Fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos* (Barcelona, 1992); J. García Torres, “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, *Poder Judicial* 10 (1988); J.C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid, 1994); L. Martín Retortillo e I. de Otto y Pardo, *Derechos Fundamentales y Constitución* (Madrid, 1988); G. Peces Barba, *Los derechos Fundamentales* (Madrid, 1983); L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid, 1990); J.J. Solozábal Echevarría, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *REP* 71 (1991).

sólo sustancialmente fundamentales, entre los que se encuentra el derecho de propiedad, que son los reconocidos en la Sección Segunda del Capítulo – con la excepción de la objeción de conciencia.

El artículo 53 CE así, establece unas garantías para todos los “derechos y libertades” reconocidos en el Capítulo Segundo, del Título Primero, independientemente de la Sección en que figuren. Dicho criterio general está integrado por tres garantías: la eficacia directa: “los derechos y libertades vinculan a todos los poderes públicos”; reserva de ley y contenido esencial: “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades; y el control de la constitucionalidad: “que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”.

En cuanto a la noción de contenido esencial (*Wesengehalt*) de los derechos y libertades públicas recogido en la Ley Fundamental de Bonn, que la establece en su artículo 19, la doctrina y la jurisprudencia han considerado contenido esencial el llamado <<núcleo duro>> del derecho, que resiste incluso a las intromisiones que en él pueda realizar el legislador. Este artículo de la Constitución germánica, sin embargo, tan sólo se refiere a las libertades públicas. Díez-Picazo apunta que en comparación con el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn que reconoce el contenido esencial de las libertades públicas nuestra Constitución ha llegado más lejos “y comprende dentro de la idea a un conjunto mucho más heterogéneo” (1991: 1262).

Existen dos corrientes que intentan definir en que consiste el núcleo duro, el contenido esencial, de los derechos. De acuerdo con el profesor L. Parejo estas son las denominadas teorías <<absolutas>> y las <<relativas>>. Las primeras parten de una sentencia del Tribunal alemán referida a la integridad física. Estas teorías asumen (explicado muy esquemáticamente y por ello de manera incompleta) que el núcleo duro, a grandes rasgos, es el derecho en todos los casos y respecto cualesquier categorías de sujetos. Mientras que las teorías relativas entienden que en determinados casos, muy concretos, el núcleo duro podrá llegar a ceder (Parejo, 1981)<sup>9</sup>. Parejo, asimismo, explica que la noción de contenido esencial incluye dos aspectos, uno negativo y otro positivo. El negativo, implica una prohibición o limitación para el legislador ordinario, que significa un límite a la libertad de

---

<sup>9</sup> L. Parejo Alfonso, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la STC de 8 de abril de 1981”, *REDC* 3 (1981).

configuración de legislador en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales, lo que éste denomina “un límite de límites”. El aspecto positivo significa la afirmación de una sustancia del derecho fundamental inmediatamente constitucional (1981).

Como expone el profesor Díez-Picazo, “un ensayo de puntualización del concepto de contenido esencial” (1991: 1262)<sup>10</sup> lo hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia 11/1981, de 8 de abril relativa al derecho de huelga. De acuerdo con este autor --así como con muchísimos otros como Parejo Alfonso (1981), López Guerra (2000)<sup>11</sup>, Gavara de Cara (1994)<sup>12</sup>, Jiménez Campo (1999)<sup>13</sup>,... -- la aproximación del Tribunal Constitucional a este concepto se realiza desde dos puntos de vista: uno dogmático y otro “de jurisprudencia de intereses” (Díez-Picazo, 1991: 1262) --o en palabras del Tribunal como el criterio de los <<intereses jurídicamente protegidos>>. El Alto Tribunal puntualizó que ambos puntos de vista debían complementarse. El punto de vista dogmático responde a la noción de “recognoscibilidad” del derecho como perteneciente a un determinado tipo. Es la parte del contenido del derecho, haz de poderes y facultades, que permite reconocer al derecho como perteneciente a ese tipo dado, descrito (STC 11/1981).

El profesor Díez-Picazo entiende que esta idea, la del punto de vista dogmático, es “indiscutiblemente dogmática” y que está “empañada de alguna suerte de iusnaturalismo, por lo demás inevitable, porque el mismo concepto es iusnaturalista de una o de otra manera y está presuponiendo un sistema de interrelaciones entre la Constitución y el sistema de conceptos que es propio de la ciencia del Derecho, por llamarla así, o de la comunidad de juristas heterogéneo” (1991: 1262): De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina descrita se entiende por contenido esencial “aquello que resulta necesario para que queden protegidas las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir y de los que es instrumento” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1262).

---

<sup>10</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, propiedad privada. 1257-1270 en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991).

<sup>11</sup> L. López Guerra, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional* (Madrid: BOE y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000).

<sup>12</sup> J.C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid: CEC, 1994).

Por otro lado están las teorías valorativas de los derechos fundamentales que determinan también la expresión objetiva del valor asignado a esos derechos fundamentales, a su contenido esencial. Así los derechos fundamentales se consideran elementos de un orden material de valores. Esta teoría valorativa de los derechos fundamentales, coincidiendo con al iusnaturalista, destaca en el reconocimiento constitucional de un derecho fundamental su proyección objetiva en el ordenamiento – en vez de la subjetiva. La diferencia radica en que para la teoría valorativa, los derechos fundamentales se proyectan objetivamente como expresión de un orden material de valores de corte iusnaturalista; mientras que para las teorías institucionalistas el carácter objetivo del derecho fundamental se deriva de su consideración como institución positiva. Es decir, su inserción se considera un complejo normativo construido por el derecho ordinario, en un marco que ordena su sentido, contenido y condiciones de ejercicio. En estos casos pues, el legislador se ocupa también de su contenido, en el sentido que ésta ley ofrecerá los instrumentos para el ejercicio del derecho (Haberle, 1991; Heller, 1983<sup>14</sup> y Rey, 1994). En España se ha seguido una línea intermedia por parte del TcJ como se verá.

Teniendo en cuenta pues que el artículo 53.1 CE se refiere al contenido esencial de los derechos fundamentales pero no define en que consiste éste, la doctrina, así como el Tribunal Constitucional --en especial desde su primera sentencia (STC 11/1981, FJ 8) respecto el derecho de huelga-- han planteado la cuestión, aparte de la de qué es el contenido esencial de los derechos fundamentales, quién debe definir éste. Las respuestas a esta pregunta han ido en varias direcciones. Una establece que debe darse una solución general sobre cuál es el contenido esencial de los derechos fundamentales; la otra, considera que debe responderse caso por caso, derecho por derecho y establecer así cuál es su contenido esencial. Así, Sanchís, con quien coincidimos, defiende que “cada derecho fundamental encierra su propio núcleo de esencialidad” (1982: 392)<sup>15</sup>.

La Constitución española recoge una cláusula general (artículo 53.1 CE) que se refiere a todos los derechos fundamentales (mientras que la Ley Fundamental de Bonn si que diferencia de entrada entre

---

<sup>13</sup> Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Madrid: Editorial Trotta, 1999).

<sup>14</sup> P. Haberle, “La garantía de los derechos fundamentales”, en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1991), 99-ss; y, K. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: CEC, 1983).

<sup>15</sup> L. Prieto Sanchís, “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la CE”, *ADH* 2 (1982) 392-ss.



los distintos derechos fundamentales), sin embargo la solución mayoritaria ha sido definir en cada caso y respecto a cada derecho cuál será su contenido esencial. Los métodos para establecerlo son varios y se han seguido de manera complementaria en España para establecer la delimitación de los derechos fundamentales. Los autores, Gavara de Cara en especial, se han cuestionado así mismo porqué debe existir una definición de contenido esencial y qué fines tiene<sup>16</sup>. El presente estudio además se cuestiona qué efectos tiene el concepto, o la metodología, para definir el contenido esencial de los derechos fundamentales para los de configuración legal como lo es el derecho de propiedad privada.

Gavara de Cara reflexiona sobre el hecho de que sea el TC el que acabe definiendo el contenido esencial de los derechos fundamentales, como un concepto que existe a priori de la labor del legislador. Ello lleva a que la función del Tribunal Constitucional acabe cuestionándose. Tampoco existe una alternativa clara al respecto, deducimos de la tesis de este autor. ¿Si no es el Tribunal Constitucional el que define cuál es el contenido esencial de los derechos fundamentales, y el legislador no puede vulnerar ese contenido esencial, como puede responderse a la pregunta de quién debe establecer el contenido esencial?

Teniendo en cuenta que existe una diferencia sustancial entre el régimen de regulación de los derechos fundamentales en la LFB y la Constitución española y que nuestra Constitución, a diferencia de la alemana que establece reservas de ley parciales e individualizadas se refiere en el art. 53 párr. 1 CE, a un régimen compuesto de reserva de ley y limitación de esta última por el contenido esencial, que es aplicable a todos los derechos fundamentales del Capítulo segundo (Gavara de Cara, 1994: 341); de esta tesis deducimos que la exigencia del contenido esencial se aplicará también al derecho de propiedad privada. Así, como apunta P. Cruz, podemos afirmar que en nuestro ordenamiento la fórmula del artículo 53.1 CE en realidad incluye un “derecho fundamental de los derechos fundamentales”, de todos los derechos fundamentales (1989: 74)<sup>17</sup>. También del derecho de propiedad.

Aquí por otra parte queremos apuntar que la ponderación entre el derecho de propiedad privada y

---

<sup>16</sup> J.C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid: CEC, 1994).

<sup>17</sup> P. Cruz Villalón, “La recepción de la LF de la República Federal Alemana”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 1 (1989) 74-ss.

el medio ambiente interesa en cuanto a la actividad que pueda realizar el legislador al respecto y posteriormente a las decisiones que pueda tomar el Tribunal Constitucional en referencia al trabajo cometido por el legislador. Por ello es especialmente relevante la cláusula del artículo 53. 1 CE. Este artículo establece la obligación de que el legislador respete el contenido esencial. Lo que ya no dispone este artículo ni los que siguen es qué se entiende por <<contenido esencial>>. Tampoco “ningún mecanismo o metodología para su determinación...” (Gavara de Cara, 1994: 345). Cómo se definirá el contenido esencial de los derechos fundamentales es una cuestión debatida por la doctrina. Las soluciones son varias pero ninguna definitiva. Gavara de Cara como solución plantea una nueva cuestión “lo que convierte a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en un problema interpretativo” (1994: 345).

De hecho, el Tribunal Constitucional ha establecido en cierta medida esta metodología<sup>18</sup>. Así, lo preocupante, respecto a la garantía y definición del contenido esencial de los derechos fundamentales es que para muchos autores “refleja la existencia de límites infranqueables para el legislador” (Gavara de Cara, 1994: 345). Sin embargo todas las propuestas que ofrece el Tribunal Constitucional para determinar su metodología son insuficientes y a menudo llevan a una desnaturalización del derecho y a la utilización de criterios extraconstitucionales poco definidos. “El modelo del Tribunal Constitucional implica que se deba decidir sobre cómo se precisan las convicciones generalizadas, sobre cuáles son los intereses protegidos y sobre cuáles son esas facultades que hacen el derecho reconocible. Sin embargo, hay que tener en cuenta que estas opciones no son solamente teóricas, sino ideológicas” (Gavara de Cara, 1994: 355).

El Tribunal Constitucional alemán a lo largo de cuarenta años de aplicación de la LFB apenas ha realizado pronunciamientos abstractos sobre la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. En España, el modelo utilizado por el Tribunal “tiene una formulación muy ambigua” (Gavara de Cara, 1994: 356). En ambos casos las decisiones de los Altos Tribunales ha sido definir el

---

<sup>18</sup> Gavara de Cara considera que “el contenido esencial de los derechos fundamentales tiene un valor declarativo que se obtiene a través del control de constitucionalidad a partir de la no contradicción y la justificación en la Constitución de las normas de desarrollo de los derechos fundamentales” (1994: 357). Para este autor el contenido esencial se define a través de la jurisprudencia constitucional con los problemas que ello conlleva.

contenido esencial de los derechos fundamentales derecho por derecho. El contenido esencial del derecho de propiedad, por lo tanto, viene determinado respecto al derecho de propiedad privada de manera singular; y, si además tenemos en cuenta que el derecho de propiedad viene definido respecto a su objeto y cada objeto determinará un estatuto de propiedad distinto, entonces podemos concluir que, respecto a la propiedad privada, partiendo de la Constitución española, existen distintos contenidos esenciales. Ello ya lo hemos ido apuntando en cierta medida hasta el momento. En los capítulos posteriores veremos caso por caso que realmente ha sido así.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 11/1981 (caso Decreto-ley de huelga) intenta definir el concepto de “contenido esencial” de manera general, pero la solución que da no parece del todo definitiva. El lenguaje que utiliza el Tribunal Constitucional es significativo por sí mismo: “Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de “contenido esencial” ...”. En la decisión el Alto Tribunal establece en primer término que la Constitución en su artículo 53 se refiere “a la totalidad de los derechos fundamentales, y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales” (FJ 8).

Para intentar esta aproximación a la noción de contenido esencial de un derecho el Tribunal Constitucional mantiene que pueden seguirse dos caminos, el de la *recognoscibilidad* y el de los *intereses jurídicamente protegidos*: “El primero, es tratar de acudir a lo que suele llamarse la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han denominado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en el que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de *recognoscibilidad* de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea *recognoscible* como pertinente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a estar comprendido en otro, *desnaturalizándose*, por decirlo así” (STC 11/1981, FJ 8). En este punto cabe señalar que en relación a la propiedad privada cuesta imaginar una definición “del tipo descrito *recognoscible*” de la propiedad privada libre de disputas. En

especial si se tiene en cuenta que éste además, como todos los derechos fundamentales deberán definirse en concordancia con el momento histórico --Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales (STC 11/1981, FJ 8)<sup>19</sup>.

El segundo modelo que propone el Tribunal Constitucional para definir el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en: “tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección” (STC 11/1981, FJ 8). Todo ello se complica si se piensa en el derecho de propiedad que a su vez debe hacerse compatible con la institución de la propiedad privada que también recoge el artículo 33 CE.

Debe apuntarse sin embargo, que el Tribunal Constitucional insiste en que ambos métodos son compatibles y deben utilizarse al unísono: “Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar complementarios, de modo que [...] pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que, por una u otra vía, puede llegarse” (STC 11/1981, FJ 8). Estas tesis han sido reiteradas en las sentencias del Tribunal Constitucional 13/1984, FJ 3 y 196/1987, FJ 5<sup>20</sup>. Ambos criterios han sido normalmente utilizados por

---

<sup>19</sup> La doctrina italiana ha utilizado la expresión “conciencia social histórica” y “sentido común”. Sandulli, ha basado la determinación del contenido esencial en el valor histórico social de la propiedad para deducir las limitaciones a la intervención del legislador (A. M. Sandulli, “Profili costituzionale della proprietà privata”, *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile* (1972) 465-ss).

<sup>20</sup> Un ejemplo de ello lo es también la sentencia que sigue: “[...] si bien la permanencia en la función o cargo público forma parte del derecho reconocido en el art. 23.2 CE, se trata de un derecho de permanencia en un *status* cuyas condiciones habrán de venir decisivamente determinadas por la propia voluntad democrática del Estado. Esto es lo que ha querido decir la Constitución al remitirse a “los requisitos que señalen las leyes”...”Ello no significa que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho sea el que en cada caso resulte de la legislación vigente; el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos representativos se impone también, en su contenido esencial, al legislador, De tal manera que el legislador no podrá imponer restricciones a la permanencia en los mismos que, más allá de los imperativos del principio de igualdad, y desde

parte del Tribunal Constitucional de manera pacífica para realizar la definición de contenido esencial de derechos como el de reunión (STC 36/1982), el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 212/1982, 30/1989), la libertad sindical (SSTC 39/1986, 105/1992), y la autonomía universitaria (SSTC 26/1987, 187/1991, 156/1994 y 75/1997). El mismo criterio se ha utilizado respecto el derecho de propiedad. Ejemplo de ello lo son las sentencias del Tribunal Constitucional 37/1987, 227/1988 y 89/1994. Ahora bien, a pesar de que éste ha sido un criterio, doble, utilizado por el Tribunal Constitucional no es tampoco un criterio definitivo. No sigue este criterio la sentencia del Tribunal Constitucional 196/1987 en la que el Tribunal avaló la constitucionalidad del artículo 527 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LO 14/1983). El artículo priva al detenido incomunicado del ejercicio del derecho a la libre elección de abogado durante el tiempo en que permanece incomunicado, asignándole un abogado de oficio. El Tribunal Constitucional para justificar tal decisión distingue entre *contenido normal* y *contenido esencial* de los derechos fundamentales y concluye que “la libre elección de abogado forma parte del contenido normal del derecho a la asistencia letrada, pero no de su contenido esencial, pues su privación y consiguiente nombramiento imperativo de abogado de oficio no hace irrecognoscible o impracticable el derecho, ni lo despoja de su necesaria protección”. Nosotros creemos que el Tribunal Constitucional ha empleado un criterio parecido para afirmar, como ya se ha visto en los capítulos anteriores, que el derecho de revocación no forma parte de la garantía expropiatoria constitucionalmente reconocido. Así pues, concluimos que, la definición del contenido esencial del derecho de propiedad en general sigue las dos tesis que han sido descritas en primer término, pero en concreto, y en algunas ocasiones, estas tesis se ven matizadas o variadas.

*(ii) El contenido esencial de la propiedad privada. ¿Existe un núcleo común-constitucional en relación a todas las propiedades?*

En el derecho de propiedad si afirmamos que existe un contenido esencial querrá decir que éste puede definirse a pesar del concepto de pluralidad de propiedades. Si defendemos, como lo hacemos aquí, que existe una pluralidad de propiedades y que el contenido esencial del derecho de propiedad

---

la perspectiva constitucional, no se ordenen a un fin legítimo, en términos proporcionados a dicha finalidad” (STC 71/1996, FJ 6).

respecto cada una de ellas vendrá definido en función de su objeto – y este objeto a su vez determina un tipo de función social que forma parte intrínseca de su contenido esencial-entonces es difícil mantener que existe un contenido esencial del derecho de propiedad común a todos los derechos de propiedad. Fernando Rey (1994), por ejemplo defiende que sí que existe un contenido esencial común a todas las propiedades. Manuel Aragón, su director de tesis y autor del prólogo de su libro sobre propiedad privada, defiende lo contrario (1994). Díez-Picazo, por otro lado, también defiende la existencia de un contenido esencial de la propiedad privada y lo plantea de la siguiente manera: “No voy a discutir la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos o de diferentes regímenes jurídicos, de suerte que las reglas sobre la propiedad en general del Código civil sean residuales. Tampoco voy a discutir si es o no posible reconducir la propiedad a lo que la sentencia llama el <<tipo extremo>>, descrito en el artículo 348 del Código civil, sin que se sepa muy bien por qué le parece extremo.. El problema me parece que es si existe todavía un *quid* común a todos los tipos que permita llamarlos a todos propiedad; o si les seguimos llamando propiedad porque somos incapaces de encontrar una denominación diversa, en el supuesto, por demostrar, de que el problema sea sólo de denominación. Porque una cosa es el reconocimiento de la Pluralidad de diversos regímenes jurídicos y otra diferente la total disolución del instituto. Creo que la franja de caracterización común existe y que el artículo 33 de la Constitución nos obliga, ahora más que nunca, a sostener que existe” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1260).

Pérez Luño subraya que la propiedad aparte de sufrir un carácter cambiante a lo largo de la historia y de los distintos países, ésta sufre otro problema derivado del hecho de que ésta puede recaer sobre objetos muy diversos. El autor califica a este hecho de “problema”, el problema denominado por la doctrina del “Pluralismo” de la propiedad (1997: 495). El Pluralismo de la propiedad ha llevado a que se cuestione, apunta el autor, “desde distintas ópticas teóricas, si la coexistencia actual de diferentes estatutos jurídicos para los diversos tipos de bienes (según se trate de bienes de dominio público o privado, de consumo o de producción y, dentro de estos, según se trate de bienes de naturaleza agraria, urbana, industrial, ...) permite la subsistencia de un concepto unitario de propiedad o si, por el contrario, debe admitirse la existencia de varias propiedades” (Pérez Luño, 1997: 495). Pérez Luño asegura que en el sistema español “hay razones para acoger la interpretación objetiva o institucional de la garantía que en virtud del artículo 53.1 se reconoce a los derechos a la propiedad y a la herencia” (1997: 515). Para este autor, muchos de los equívocos surgidos en torno a la noción de propiedad surgen de considerarla como una cosa y no como un derecho. Pérez Luño mantiene que a partir de la

perspectiva institucional, será posible elaborar una noción unitaria (que es una de las otras grandes preocupaciones, la dimensión unitaria o Plural del derecho de propiedad) del contenido esencial de la propiedad. Si no se corre el peligro que la propiedad se disgregue en tantos contenidos esenciales como cosas o bienes recaiga el derecho (1997).

Pérez Luño subraya, que lo que debe hacerse es todo lo contrario: establecer un “contenido esencial” básico a partir de la institución, susceptible de ser proyectado a las manifestaciones concretas del derecho. La Constitución al reconocer un derecho *a* la propiedad privada y *a* la herencia, y no un derecho *de* propiedad, añade Pérez Luño (1997: 515), sugiere que a lo que se está aludiendo es a la institución entendida como un derecho fundamental, que debe hacerse accesible a todos; acogiendo tácitamente lo que de forma expresa se recoge en la Constitución italiana (art. 42). Pérez Luño afirma que la Constitución no consagra la propiedad en términos garantistas del *statu quo*, esto es, tutelando todas las situaciones de propiedad existentes, sino que se dirige a reconocer la institución y concluye que “la dimensión institucional (conjunto de valores institucionalizados) integra, junto a la dimensión individual (protección de situaciones jurídicas subjetivas), la denominada “doble función de los derechos fundamentales” ” (Pérez Luño, 1997: 516).

La sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983 en su fundamento jurídico octavo dispone respecto al derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 CE que este alude: “a una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es, como un derecho subjetivo”. Un fallo posterior, ya mencionado repetidas veces aquí, corrobora, a grandes rasgos, esta postura inicial del Tribunal Constitucional: “la Constitución reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a los valores o intereses de la colectividad” (STC 37/1987, FJ 2). “Por ello, la determinación del contenido esencial de la propiedad privada y la herencia como instituciones constituye el problema básico de la hermenéutica del artículo 33, ya que servirá de criterio para delimitar todas las manifestaciones concretas de estos derechos. Dicho problema no puede resolverse ni partiendo de elementos extraconstitucionales ni apelando a una hipotética noción esencial *a priori* de la propiedad, sino que debe abordarse tomando como punto de partida el análisis sistemático de la Constitución, completándolo con aquellos datos normativos y sociológico-políticos, más relevantes” (Pérez Luño, 1997: 516). Así, Pérez Luño para definir el contenido esencial de la propiedad privada no distingue entre institución y derecho de propiedad

privada. No es que aquí se defienda que deba hacerse tal diferenciación para definir el concepto esencial de propiedad privada, pero creemos que sí por lo menos podría plantearse. Tampoco queremos decir, porque no sería cierto, que el excelente texto de Pérez Luño confunda derecho con institución; no, tan sólo apuntamos que para definir contenido esencial del derecho de propiedad privada Pérez Luño no distingue entre las dos figuras.

Entre los autores que defienden un concepto “debilitado” del derecho de propiedad está V. Montes. Montes sostiene, partiendo de la lectura del artículo 33 CE, que el contenido esencial en el fondo disfruta de poco contenido. A su juicio el contenido esencial tan sólo implica la obligación para el legislador de conservar una institución que merezca el nombre de propiedad o si más no el deber de preservar una categoría de bienes que sean apropiables por parte de los particulares<sup>21</sup>. Díez-Picazo, por su parte, replica – a la vez que expone-- las tesis sostenidas por Montes y expresa que “si se siguiera esta línea no estaríamos en puridad hablando de un contenido esencial del derecho subjetivo de propiedad, sino de lo que se ha llamado una <<garantía de institución>> o garantía institucional>>” (1991: 1263). Tanto Díez-Picazo (1991) como la celeberrima sentencia del Tribunal Constitucional 37/87 (sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía), consideran aplicable la idea de contenido esencial al derecho de propiedad privada. Ambos parten de los presupuestos sobre contenido esencial expuestos por el Tribunal Constitucional en la sentencia 11/1981, de 8 de abril (sobre el Decreto-ley de huelga) antes descrita. El Tribunal Constitucional en la sentencia 37/87 encaja la noción de “la concepción reinante en un determinado momento histórico o de la concepción admisible en él” respecto el derecho de propiedad. Ello lleva, en opinión del Alto Tribunal, a un sistema de estatutos de propiedad muy dibujado de acuerdo con su función social. Díez-Picazo, con quien coincidimos, apunta que, según esta idea no existe finalmente un contenido esencial de la propiedad, sino de las propiedades, para cuya configuración legislativa “no parece ponerse más límites a la acción del legislador que su admisibilidad de acuerdo con el criterio dominante en el momento histórico en que se produzca” (1991: 1263). Asimismo este autor finalmente admite: “El problema no resulta nada fácil de resolver. Personalmente pienso que el contenido esencial lo es de la propiedad

---

<sup>21</sup> V. L. Montes, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo* (Madrid : Civitas, 1980).



como institución, sin perjuicio de que pueda, respecto de categorías singulares de bienes legítimamente configuradas, experimentar alguna modificación” (1991: 1263). “Desde el punto de vista dogmático” expresa Díez-Picazo partiendo de la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 “un derecho de propiedad sólo es reconocible como tal si en él se produce la conjunción de los clásicos *ius utendi, ius fruendi* y *ius disponendi*. Creo que a la misma conclusión se llega desde el punto de vista de jurisprudencia de intereses. Al principio de estas líneas señalé mi opinión de que la propiedad privada sirve a la dignidad y libertad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad por una parte, y al reconocimiento de los sujetos jurídicos como sujetos de iniciativa económica y como agentes de un proceso económico inserto en lo que se llama la economía libre de mercado. Esto sólo es posible si se reconoce un derecho subjetivo a los valores de uso, en renta y en venta de los bienes. De aquí puede deducirse la imposibilidad de una configuración legislativa del instituto de la propiedad en que este esencial contenido quede amputado” (1991: 1263). Para este autor el contenido esencial del derecho de propiedad quedaría amputado si: “se quisiera configurar la propiedad privada de acuerdo con las coordenadas del mundo de las concesiones enfitéuticas, si se configurara la propiedad sin libre disposición o si se excluyeran de la propiedad categorías de bienes que hagan imposible la participación de la persona en el proceso económico como agente de iniciativa privada. Por decirlo rápidamente: si sólo se admitiera la propiedad personal y fueran excluidos de la propiedad privada los medios de producción” (1991: 1263).

Ahora bien, esta idea no soluciona, a nuestro entender el problema de las regulaciones, delimitaciones del derecho de propiedad. El mismo autor reconoce que “El problema se plantea entonces en torno a casos de configuración legislativa de categorías de bienes con un contenido diferente del descrito. En principio, no se puede negar la legitimidad constitucional del establecimiento legislativo de categorías de bienes siempre y cuando se respeten los esquemas anteriormente trazados. Una diversificación legislativa puede estar aconsejada por evidentes razones de interés público o por la protección de determinados intereses y valores en relación con la función y el destino social de los bienes. Por ello no cree que sea inconstitucionalmente ilegítima la recepción de categorías de bienes anteriormente existentes, como es el caso de las llamadas propiedades especiales (v. gr., régimen de las aguas privadas, propiedad urbanística, propiedad agraria, propiedad inmobiliaria, propiedad vivienda). Así, a su juicio, la diversificación de algunas otras categorías de bienes puede venir justificada por los principios rectores de la política social y económica definidos en la misma Constitución.

De este modo Díez-Picazo entiende que cuando se habla en el artículo 45 del derecho de todos a

disfrutar de un medio ambiente adecuado y de la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente; o cuando en el artículo 46 se establece que los poderes públicos garantizaran la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integren, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad; estos Principios en realidad permiten la configuración de las propiedades urbanísticas o de la propiedad de los bienes integrantes del patrimonio histórico y cultural” (Díez- Picazo y Ponce de León, 1991: 1264). Es decir, para el autor todos estos intereses, principios en muchos casos, configuran los distintos tipos de propiedad; acaban definiendo su contenido esencial, los distintos contenidos esencial de las distintas propiedades. Por ello extraemos del texto de Díez- Picazo que si bien este afirma que existe un núcleo común, general, del contenido esencial del derecho de propiedad, de todas las propiedades; en realidad parece que esté sugiriendo que en cada tipo de propiedad acabará habiendo un Principio o interés distinto que lo acabará delimitando. Nosotros coincidimos con Díez- Picazo. Creemos que existe un contenido esencial del derecho de propiedad común, pero que a su vez, y en cada tipo de propiedad, acabará apareciendo un tipo de contenido esencial distinto marcado por las externalidades exigidas por la misma Constitución.

Como se verá en capítulos posteriores nuestra opinión viene confirmada por decisiones del Tribunal Constitucional. Éste ha manifestado que la delimitación del derecho de propiedad privada sobre bienes ubicados en espacios protegidos deberá realizarse partiendo de las previsiones de otros preceptos constitucionales, es decir en base a las externalidades. Por ello, los poderes públicos deben «delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes» . Así la propiedad que pretenda disfrutarse en el marco de un parque natural debe responder a los intereses establecidos en los artículos. 128.1, 40, 45 y 130 de la Constitución, entre otros. Estos derechos formarán parte de su contenido esencial. En la sentencia 170/1989, FJ 8 b) el Tribunal Constitucional reconoce que el límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse (art. 33.2 de la Constitución) no es siempre fácil de determinar. En este sentido, debe recurrirse, precisa la sentencia, a la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales, (STC 170/1989, FJ 8 b). Y así recuerda que en la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales se ha señalado, respecto del derecho de propiedad, que “la fijación de el contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho de los intereses individuales que a éste subyacen,

sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo» -STC 37/1987” (STC 170/1989, FJ 8 b).

El Tribunal Constitucional concluye que partiendo de este dato y de las previsiones de otros preceptos constitucionales (artículos 128.1, 40, 45 y 130, entre otros), los poderes públicos deben «delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes» (STC 170/1989, FJ 8 b). Nosotros entendemos que se refiere al contenido esencial y que el Tribunal Constitucional confirma lo defendido aquí: existe un contenido esencial de derecho de propiedad para cada tipo de derecho de propiedad en base al tipo de bien que se esté regulando.

Ahora bien, recordamos que la jurisprudencia constitucional ha señalado, en efecto, de manera general, que la noción de “contenido esencial” alude al tipo abstracto de un derecho, que preexiste conceptualmente al momento legislativo. “Se trata en realidad de problemas superpuestos, y en el fondo idénticos, porque ese núcleo irreductible de prerrogativas del propietario presupone un concepto de propiedad que, como ya se ha visto, la Constitución no proporciona, y que, por consiguiente, sólo puede proceder de la dogmática jurídica”. (Satrústegui, 1997: 399). Ese momento debe coincidir, entendemos, con el texto constitucional y su espíritu. El Tribunal Constitucional, en primer término, puesto a definir cuál debe ser el “contenido esencial” de la propiedad privada (que elude) señala lo que *no* es el contenido esencial del derecho de propiedad privada. El Alto Tribunal dispone que el contenido esencial “no puede contraponerse a su función social, y que, por consiguiente, no es correcto identificar aquél con un núcleo de prerrogativas básicas, orientadas a la utilidad individual del propietario, que no podrían ser cercenadas por las cargas y deberes establecidos legalmente con el fin de garantizar la función social del bien.

Por el contrario, el Tribunal determina, sin definir todavía cuál es el contenido esencial de la propiedad privada, qué debe contener éste por lo menos (la función social): “la fijación del contenido esencial de la propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo” (STC 37/1987). Nosotros opinamos, como la mayoría de autores, entre ellos Satrústegui, que el planteamiento que ofrece el Tribunal Constitucional en sus decisiones niega la unidad del contenido esencial de la propiedad “porque si la función social difiere según la naturaleza de

los bienes, determinado la pluralidad de estatutos propietarios, habrá que aceptar también una variedad correspondiente de “contenidos esenciales” (1997: 399). Ahora bien, buena parte de la doctrina se resiste a admitir las consecuencias últimas de esta línea argumental e intenta limitar su relativismo, proponiendo un “contenido esencial” de la propiedad como institución, cuyo paradigma sería la definición del art. 348 del Código Civil --entre ellos se encuentra Fernando Rey (1994), Satrústegui (1997) y Díez-Picazo (1991)-- con sus tradicionales poderes de uso, goce y disposición sobre los bienes. Así este contenido esencial puede ser susceptible de modulaciones en el caso de categorías determinadas de bienes, por su función social, pero tiene la virtualidad de impedir una concepción general de la propiedad degradada en sus facultades dominicales. Satrústegui apunta que el Tribunal Constitucional todavía no se ha pronunciado claramente sobre esta cuestión, porque lo que estaba en discusión en la sentencia sobre la Ley andaluza de reforma agraria (STC 37/1987) no era tanto el contenido esencial de la propiedad, como específicamente el de la propiedad agraria” (1997: 400). Nosotros creemos que si bien es cierto, en esa decisión se hicieron muchas alusiones a la propiedad en general. La sentencia se refiere a la propiedad agraria, pero definiciones como la de que hoy la propiedad no es la propiedad del Código Civil nos parece que hacen referencia a la propiedad en general. En realidad, sin embargo, tal y como apunta Díez -Picazo “La cuestión que debe ocuparnos es cómo se aplica la idea de contenido esencial al derecho de propiedad” (1991: 1262). Ahora bien, una vez hayamos determinado cuál es ese contenido esencial del derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional en la sentencia 37/1987 afirma que “Ciertamente, el derecho a la propiedad privada está reconocido en el art. 33 de la Constitución y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su «contenido esencial» , en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 del propio Texto constitucional. El problema radica, sin embargo, en determinar cuál sea ese contenido esencial” y continúa que “en general, el concepto del «contenido esencial» de los derechos a que se refiere el citado art. 53.1 de la Constitución”. Para el Tribunal Constitucional la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo -y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas- viene marcada en cada caso por el elenco de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales» . Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aqué, puede ser expresada como «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente

protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 10.)” (STC 37/1987, FJ 2).

Así la doctrina general del contenido esencial de los derechos subjetivos se aplica también, por parte del Tribunal Constitucional, al derecho de propiedad: “De acuerdo con esta doctrina constitucional sobre el «contenido esencial» de los derechos subjetivos, procede interrogarse ahora si la Ley de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía infringe o no, en los preceptos impugnados, la garantía del derecho de propiedad establecida en el art. 53.1, en relación con el art. 33 de la Constitución”. El Tribunal reconoce una regulación constitucional del derecho de propiedad y precisa que primero debe partirse de la regulación constitucional del derecho de propiedad: “Para ello es necesario partir de la regulación constitucional del derecho de propiedad privada que se contiene en el citado art. 33 al objeto de indagar la naturaleza jurídica de tal derecho o el modo como la Norma fundamental lo concibe”. De éste extrae que los tres apartados del artículo 33 no pueden interpretarse separadamente: “Estos tres apartados del artículo 33, que no pueden ser artificiosamente separados, revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional”. Y concreta lo que ya hemos comentado varias veces el derecho de propiedad tiene una doble dimensión: “Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 111/1983 (fundamento jurídico 8.º), desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación». En efecto, la referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general”.

En definitiva, y a juicio del Tribunal Constitucional, “la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales

sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir” (STC 37/1987, FJ 2). Por ello insistimos, quizás sí se puede decir que existe un núcleo común del derecho de propiedad, pero éste nunca dejó de verse afectado por el bien sobre el bien en que recae. Por ello, “la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (37/1987, FJ 2). Por lo tanto concluimos que, el contenido esencial común del derecho de propiedad reside en que debe reconocerse un mínimo subjetivo respecto este derecho de propiedad, un mínimo de propiedad debe quedar latente en cada caso si no estaremos ante una expropiación; y además ese contenido esencial común está también en que en todos los casos el derecho de propiedad debe responder a su función social que forma parte, a su vez, de ese contenido esencial.

*(iii) Relevancia del contenido esencial. objetivo y funciones.*

El contenido esencial afecta la actividad del legislador. La definición<sup>22</sup> del contenido esencial afecta la actividad del legislador en virtud del artículo 53 CE. Éste debe respetar en todo caso el contenido esencial del derecho de propiedad privada. Como apunta Rey el legislador se halla habilitado para configurar el contenido de los diversos tipos de propiedad determinada por la Constitución y limitado a su vez por el contenido esencial del artículo 33 de la Cs en dicha regulación (1994: XXX)<sup>23</sup>. Como apunta Díez-Picazo, “el problema se plantea entonces en torno a casos de configuración

---

<sup>22</sup> Díez-Picazo se refiere al “problema de la aplicación de la cláusula del <<contenido esencial>> al derecho de propiedad” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1261).

<sup>23</sup> Como afirman Rey y Jiménez Campo – éste sólo respeto a los derechos en general--: el derecho de propiedad lleva “una doble vida” (J. Jiménez Campo, “El legislador de los derechos fundamentales”, en *Libro Homenaje al profesor Ignacio de Otto* (Oviedo: Secr. Publ. Universidad de Oviedo, 1993) 477-ss).

legislativa de categorías de bienes con un contenido diferente del descrito. En principio, no se puede negar la legitimidad constitucional del establecimiento legislativo de categorías de bienes siempre y cuando se respeten los esquemas anteriormente trazados. Una diversificación legislativa puede estar aconsejada por evidentes razones de interés público o por la protección de determinados intereses y valores en relación con la función y el destino social de los bienes (1991: 1264). Según este autor, no es inconstitucionalmente ilegítima la recepción de categorías de bienes anteriormente existentes, como es el caso de las llamadas propiedades especiales (v. gr., régimen de las aguas privadas, propiedad urbanística, propiedad agraria, propiedad inmobiliaria, propiedad vivienda). Así, añade, la diversificación de algunas otras categorías de bienes puede venir justificada por los principios rectores de la política social y económica definidos en la misma Constitución – y se refiere al artículo 45 CE, al derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado y de la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente; y al 46 CE-- . En estos casos Díez- Picazo entiende que estos principios configurarían las propiedades urbanísticas o la propiedad de los bienes integrantes del patrimonio histórico y cultural (1991: 1264). De ello deducimos pues, que el legislador deberá tener en cuenta no sólo el contenido esencial del derecho de propiedad en general, si no también los distintos contenidos esenciales en función de cada tipo de bien y en relación a las externalidades.

Ahora, ¿Cómo encajamos la idea de contenido esencial de la propiedad respecto a la función legislativa? Como es sabido el contenido esencial del derecho se erige en límite infranqueable de la acción legislativa respecto de todos los casos y categorías de bienes de manera que las leyes que los sobrepasan son sin más inconstitucionales. Y así estaríamos ante los que Díez- Picazo ha denominado “un concepto absolutista del contenido esencial” (1991: 1262). Por otro lado está la línea de la relativización. V. Montes en la obra antes citada, lo define así: “El contenido esencial es el límite de la intervención legislativa, que sólo puede ser sobrepasado actuando mediante indemnización (expropiación)” (Montes, 1980). Y por su parte Díez- Picazo replica ofreciendo una de las claves del derecho de propiedad: “Este, escuetamente, es el dilema: el límite del contenido esencial ¿ desemboca en inconstitucionalidad o desemboca en la puesta en marcha de la cobertura de la garantía expropiatoria?” (1991: 1264). En el presente texto consideramos que ni que la delimitación del contenido esencial debe llevar si se excede a la inconstitucionalidad, mientras que el límite --que se entiende que no realiza ya el legislador-- a la propiedad que sea excesiva puede llevar a la puesta en

marcha de la garantía expropiatoria. En este estudio pues, consideramos que debe diferenciarse entre limitación y delimitación de la propiedad privada.

Algunos autores, sin embargo, se inclinan por seguir una vía intermedia. Éstos distinguen entre la garantía de un contenido esencial en las diferentes categorías de bienes (o estatutos de propiedad, si se prefiere llamarlo así), cuando éstos han sido establecidos de un modo constitucionalmente legítimo. Y por otro lado, para la institución de la propiedad privada, entendida genéricamente, optan por una solución absoluta. Es decir, a su juicio, no se puede configurar una propiedad con privación del *ius utendi e fruendi* y del *ius disponendi*. No se la puede convertir a la propiedad en una concesión enfiteútica o en una concesión administrativa. Para ellos, el contenido esencial implica también la imposibilidad de configuración de determinadas categorías de bienes. Por ejemplo, la propiedad pública de todos los bienes de producción o reducción de la propiedad privada a la llamada propiedad personal. Para esta línea que contempla la propiedad privada en su conjunto, como institución, el contenido esencial se erige en límite infranqueable de la acción legislativa, de suerte que cuando se sobrepase, determina inconstitucionalidad de las leyes. En cambio, si la configuración legislativa de la categoría de bienes es constitucionalmente legítima, el sacrificio de lo que respecto de la institución en su conjunto es contenido esencial, entraña, tratándose de propiedades preexistentes, expropiación y requiere, por ello, la correspondiente indemnización (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1264-1265). En este último punto, ¿se refiere el profesor Díez-Picazo cuando habla de <<configuración legislativa constitucionalmente legítima>> a que esta será constitucionalmente legítima si intervienen otros elementos e interés constitucionales como puede ser el medio ambiente?

Nosotros, coincidimos Plenamente con Pérez Luño cuando este afirma: “El punto de arranque para perfilar el contenido esencial de la propiedad no puede ser otro que la reglamentación constitucional” (Pérez Luño, 1997: 516). El contenido esencial del derecho de propiedad afecta al legislador en la medida de que su regulación debe adecuarse a la función social, al interés general, y que ello además deberá ser proporcional. El Tribunal Constitucional en la sentencia 6/1991 (Rumasa) manifiesta que es el legislador el que determinará cuándo se da la expropiación, en que circunstancias, cuál es la causa expropiandi y más concretamente como se ve delimitado el contenido esencial del derecho de propiedad. Todo ello (la expropiación, la determinación de la causa expropiandi, la delimitación de la propiedad,...) deberá hacerse de acuerdo con la Constitución, y en concreto con el principio de



proporcionalidad. El Tribunal Constitucional adem1s precisa que ser1 6ste el que controlar1 la constitucionalidad de la actuaci3n del legislador. De ello se desprende pues, que el Alto Tribunal entiende que el derecho de propiedad es un derecho que configura el legislador pero que existe un m3nimo, fijado en la Constituci3n, que el legislador deber1 respetar. Por ello en este texto se defiende que la Constituci3n determina unos m3nimos respecto el derecho de propiedad, los derechos de propiedad, y que 6stos deben ser respetados. A ello a1adimos, y deducimos por lo tanto, que el derecho de propiedad no es un derecho de configuraci3n legal ya que existen unos par1metros ya establecidos en la Constituci3n que deben respetarse. Si no fuese as3, ¿en que momento cree el Tribunal Constitucional que deber3 intervenir?

Asimismo es una garant3a para la propietaria. El Tribunal Constitucional en la sentencia 37/1987 (sobre la Ley del Parlamento de Andaluc3a n3m. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria) afirma que mientras no se afecte el contenido esencial del derecho de propiedad el propietario no ser1 indemnizado. Por lo tanto, cuando este se vea afectado cabr1 indemnizaci3n y el procedimiento expropiatorio deber1 iniciarse. El contenido esencial del derecho de propiedad es as3 una garant3a para el propietario. En la sentencia 227/1988, de 29 de noviembre de 1988 --sobre la Ley de Aguas, 2 de agosto de 1985-- el Tribunal Constitucional confirma lo anterior y precisa que: "Es obvio, por otra parte, que la delimitaci3n del contenido de los derechos patrimoniales o la introducci3n de nuevas limitaciones no pueden desconocer el contenido esencial, pues en tal caso no cabr3a hablar de una regulaci3n general del derecho, sino de una privaci3n o supresi3n del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traducir3a en un despojo de situaciones jur3dicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnizaci3n correspondiente. Pero no puede olvidarse que, de manera semejante a lo que ya dij3ramos en la STC 37/1987 sobre el derecho de propiedad, la fijaci3n del contenido esencial «no puede hacerse desde la exclusiva consideraci3n subjetiva del derecho o de los intereses individuales» que en cada derecho patrimonial subyace, sino que debe incluir igualmente la dimensi3n supraindividual o social integrante del derecho mismo" (STC 227/1988). En este caso el Tribunal Constitucional mantiene que la privaci3n del contenido esencial del derecho de propiedad s3lo es tolerable si concurre la correspondiente indemnizaci3n. Por lo tanto extraemos que el contenido esencial se convierte en una garant3a para el propietario. Por otro lado, nosotros opinamos que puede haber casos en que por m1s que se diera la indemnizaci3n esa expropiaci3n, esa limitaci3n del derecho de propiedad no se convertir3a en constitucional. Un caso ser3a, por ejemplo, si la expropiaci3n se realizara sin que concurriera el supuesto de causa expropiandi,

si no respondiese a un interés general.

La fijación del contenido esencial determina la diferencia entre una delimitación del derecho de propiedad y una expropiación. Como acabamos de comentar el hecho que ante una limitación del derecho de propiedad que elimine su contenido esencial se compense con una indemnización no siempre significará que estemos ante una limitación constitucional. Puede haber casos en que esa limitación sea inconstitucional por más que se compense. Ahora bien, en general, el Tribunal Constitucional ha seguido esta línea: cuando se elimina el contenido esencial del derecho de propiedad estamos ante una expropiación – siempre que, claro está, concurren todas las otras exigencias constitucionales de la garantía expropiatoria (causa expropriandi, interés general, ...). Esta ha sido una de las teorías para determinar cuándo estamos ante una limitación del derecho de propiedad que implica expropiación. Esta tesis se ha combinado con la del acto singular o sacrificio especial. El Tribunal Constitucional utiliza ésta en la sentencia 37/1987 (Ley del Parlamento de Andalucía núm. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria) y en la STC 227/1988, de 29 de noviembre de 1988 (sobre la Ley de Aguas, de 2 de agosto de 1985), entre otras. Ley de Aguas, 2 de agosto de 1985. En esta última decisión el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico quinto declara que, las limitaciones que se imponen sobre los derechos dominicales sobre el agua no son expropiación ya que su contenido no se entiende vulnerado<sup>24</sup>. En los últimos capítulos describimos como se ha determinado esta diferenciación entre delimitación del derecho de propiedad y limitación en relación a cada tipo de propiedad. A ellos nos remitimos para no repetirnos aquí.

*(iv) La determinación del contenido esencial de la propiedad privada.*

En la Constitución italiana de 1948 no se reconoce expresamente la garantía del contenido esencial

---

<sup>24</sup> Exactamente el Tribunal Constitucional apunta: "Es obvio, por otra parte, que la delimitación del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer el contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente. Pero no puede olvidarse que, de manera semejante a lo que ya dijéramos en la STC 37/1987 sobre el derecho de propiedad, la fijación del contenido esencial «no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales» que en cada derecho patrimonial subyace, sino que debe incluir igualmente la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo" (STC 227/1988, FJ 5).

para el derecho de propiedad. Ello ha llevado a que el derecho de propiedad privada se haya planteado, por una parte de la doctrina italiana – (Esposito, 1944; Lavagna, 1977 y Motzo-A. Piras, 1959)--, como un derecho vacío de contenido que puede ser redefinido por el legislador en cualquier momento y sin ningún límite, ampliando o reduciendo así su ámbito. Existe, sin embargo, una opinión contraria -- (D'Angelo, 1963 y Santoro Passarelli, 1977)-- que defiende que el legislador sí está obligado a respetar la sustancia del instituto de acuerdo con la Constitución y con la consciencia social del momento histórico concreto (Pérez Luño, 1997: 514).

El artículo 19.2 de la *Grundgesetz* de la República Federal de Alemania, en cambio, que ha inspirado el artículo 53.1 CE, establece que los derechos fundamentales en ningún caso podrán ser afectados por la ley en su contenido esencial. Este artículo ha sido interpretado por parte de la jurisprudencia y la doctrina de dos maneras sobre todo: Una parte de la doctrina (Durig, 1956; Forsthoff, 1963,...), defiende las tesis subjetivas. Estas tesis entienden que se afecta el contenido esencial de un derecho cuando las limitaciones legislativas impiden que los particulares logren los fines o intereses protegidos por el derecho o cuando los particulares no logran cumplir los requisitos que para el ejercicio del derecho impone la limitación legislativa. En este caso se preservan todas las manifestaciones concretas del derecho de propiedad privada y en consecuencia del statu quo. Las tesis objetivas (Haberle, 1983; Kimminich, 1976; ...), por otro lado sostienen que el legislador debe resguardar la institución configurada a partir del conjunto de la normativa constitucional y las condiciones histórico-sociales que forman el contexto de los derechos fundamentales. A juicio de Pérez Luño, la aplicación de esta tesis al derecho de propiedad llevan a que se reconozca “la intangibilidad del contenido esencial de tales instituciones, en el mantenimiento de unas determinadas categorías de bienes patrimoniales susceptibles de apropiación y transmisión, esto es, de un orden económico en el que los individuos puedan alcanzar las bases materiales de su libertad” (1997: 515).

En cuanto al contenido esencial del derecho de propiedad en España existen unos datos intrínsecos, presentes en el propio artículo 33, y otros extrínsecos, que se hallan en otros artículos de la Constitución relacionados con la institución de la propiedad y que ayudan a interpretar el contenido de dicho artículo. Nosotros opinamos que los elementos ajenos al artículo 33 pero presentes en la Constitución forman parte del contenido esencial del derecho de propiedad delimitándolo. Como datos intrínsecos Pérez Luño apunta que en principio tal derecho se extiende lo mismo a los bienes de consumo que a los productivos. Si bien subraya que el análisis sistemático de la Constitución evidencia que el derecho a la apropiación privada de estos últimos no es exclusivo ni ilimitado (1997: 516).

Desgraciadamente no acabamos de entender, debido a nuestra torpeza naturalmente, ni compartimos, lo que Pérez Luño escribe. Nosotros opinamos que ni los bienes de consumo ni los de producción, en su uso exclusivo, pueden ser limitados en determinados casos, excepcionales, de acuerdo con la Constitución, en su conjunto, y con lo establecido por la ley.

En España, continúa Pérez Luño, se reconoce la propiedad privada como derecho fundamental, en el artículo 33 CE. El legislador podrá ampliar o restringir la propiedad de los medios productivos al delimitar su función social (art. 33.2) o al tipificar los supuestos de utilidad pública o interés social que justifiquen su expropiación (art. 33.3); pero, éste afirma, al igual que un amplio sector de la doctrina alemana, que el legislador no puede abolir en bloque la posibilidad de una titularidad privada de los medios productivos (1997: 517). Es decir, debe existir en todas las delimitaciones del derecho de propiedad el concepto de propiedad privada, ésta debe ser visible. En cuanto a las opiniones de Pérez Luño nosotros nos preguntamos porqué se refiere sólo a los bienes de producción y no a la propiedad privada en general. En el presente texto no se defiende tal distinción que nos parece más propia de otro tipo de regímenes.

Por otro lado mantenemos, con Pérez Luño, que las nociones de función social y expropiación, por hallarse recogidas en el art. 33 constituyen también datos intrínsecos para la determinación del contenido esencial de la propiedad. Es más, creemos que a partir de ellas es cuando se introducen los elementos constitucionales ajenos al artículo 33 CE.

Existen elementos ajenos al artículo 33 CE que deben introducirse en la determinación del contenido esencial del derecho de propiedad. La jurisprudencia española en cada tipo de propiedad ha insistido en este hecho. Los capítulos que siguen describen esta situación. La mayoría de autores defienden una postura similar. Fernando Rey, por ejemplo, distingue, entre propiedad privada y libertad de empresa; propiedad privada y potestad de demanialización de los bienes; propiedad privada y subordinación de toda la riqueza del país al interés general; ... Pérez Luño directamente afirma que existen datos extrínsecos conformadores del significado constitucional de la propiedad. En Estados Unidos autores como Michelman, Duncan Kennedy o David Kennedy, profesores de la Harvard Law School – frente al enfoque económico de Chicago que lidera Posner—defienden también esta teoría sobre las externalidades del derecho de propiedad, que debe determinar el contenido esencial de tal derecho.

A juicio de Pérez Luño, para determinar los elementos externos que definen el derecho de propiedad pueden seguirse dos vías: una, que sitúa el derecho de propiedad en el plano de los

artículos encaminados a garantizar el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana. En este contexto la propiedad privada debe conectarse con la garantía de un orden en el que cada persona puede conseguir los instrumentos materiales para su libertad e igualdad. Así, se conecta la propiedad privada con los derechos e intereses reconocidos en otros artículos constitucionales como el 9.2, e; 15, el 17,1, el 35.1 y el 38 CE.

Otra vía es la que encuadra al derecho de propiedad en los preceptos configuradores del modelo económico constitucional. A su vez la libertad de empresa lleva a que Pérez Luño entre también en la esfera de los postulados normativos del modelo económico constitucional, ligándolo con el derecho de propiedad. En definitiva debe debatirse también qué se entiende por Constitución económica relacionándolo con la propiedad privada. Constitución económica que sostenemos que debe incluir el medio ambiente y que debe interpretarse de acuerdo con el desarrollo sostenible. Asimismo creemos que Pérez Luño también lo apunta aunque sea indirectamente: “En lo referente al ejercicio del derecho de propiedad privada, la Constitución impone unas directrices que matizan notablemente su orientaci3n y alcance. Especial importancia reviste el artículo 128.1, que proclama que “toda la riqueza del pa3s , en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad..”,...” Los poderes p3blicos son también impedidos constitucionalmente a “velar por la utilizaci3n racional de los recursos naturales” (art. 45.2)...”. Pérez Luño enumera todos los artículos de la Constitución que el cree que determinan el significado constitucional de propiedad (como el 1.1, el 40.1, el 132, el 128.2, el 129.2, el 130.1, el 45.2, el 46 y el 47, entre otros), y después de enunciar que no es posible, por lo menos en el espacio destinado a su texto, realizar un análisis pormenorizado de todas las implicaciones que puedan tener para la titularidad y ejercicio del derecho de propiedad, concluye: “pero sí interesa insistir en que dichas normas tienen plena incidencia en la determinaci3n del “contenido esencial” de la propiedad en nuestro sistema” (Pérez Luño, 1997: 519).

Este texto defiende exactamente lo mismo que Pérez Luño en este sentido, y a sus ideas tan sólo añadiremos las cuestiones ambientales y sólo determinados aspectos de esas cuestiones. En definitiva, Pérez Luño subraya que las líneas normativas que expone --las de los elementos extrínsecos a la propiedad privada que se encuentran fuera de la propiedad pero todavía dentro de la Constitución-- no pueden ser interpretadas como alternativas entre sí o antitéticas. La interpretaci3n integradora de la Constitución, escribe, precisa conjugar sincrónicamente los preceptos constitucionales que vinculan el derecho de propiedad con el Pleno desarrollo de la personalidad, con las normas que establecen un modelo económico de profundas expectativas sociales. “De forma que el contenido esencial de la

propiedad, sin que pueda establecerse de una vez por todas por el carácter evolutivo y no siempre unívoco de las nociones constitucionales que lo conforman, no por ello debe entenderse como un concepto inútil o vacío” (1997: 519). A estas ideas nos adherimos plenamente y a sus conclusiones también “El esfuerzo hermenéutico por mediar entre las posibles interpretaciones del contexto normativo constitucional de la propiedad permite establecer unos parámetros flexibles, aunque no arbitrarios. En ellos aparece como un instrumento para satisfacer necesidades básicas mediante el pleno desarrollo de las capacidades humanas, que tiene como límite el derecho de los demás a no ser excluidos del bienestar social, para lo que se articulan los oportunos instrumentos de intervención pública en la economía. Estos instrumentos tendrán mayor o menor amplitud, de acuerdo con la coyuntura económico-social y las mayorías parlamentarias, pero sin que puedan llegar a sofocar totalmente la iniciativa privada y la consiguiente apropiación de sus frutos, so pena de contravenir el texto constitucional” (Pérez Luño, 1997: 520). Aunque coincidimos con este autor en cuanto las externalidades por otra opinamos que el debate está o debe estar en otro lado: En el presente texto mantenemos que si se defiende una propiedad privada afectada por elementos externos, ello significará que el precio de aplicar los intereses generales – por ejemplo el medio ambiente—d pagarán los propietarios, de manera aleatoria; mientras que, si se indemniza en todo caso a estos propietarios por las limitaciones que se les imponga entonces los que pagaran el precio de la redistribución económica, del desarrollo económico y de la protección del medio ambiente, entre otros intereses constitucionales, seremos todos. Las indemnizaciones se pagan a través de impuestos. Así que para indemnizar en la mayoría de los casos a los propietarios afectados será preciso incrementar los impuestos. La cuestión en definitiva es ¿Quién paga el precio del desarrollo sostenible? ¿Las propietarias o todos a través de los impuestos? ¿Qué Gobierno va a subir los impuestos para intentar evitar tales lacras a los propietarios? ¿Estamos ante una desigualdad inconstitucional? No. En el presente texto defendemos que se trata de una discusión política y estrategias para el desarrollo, desarrollo sostenible. No creemos que una solución sea más constitucional que otra. Opinamos que la Constitución no apunta en ninguna de las dos direcciones, así que será una decisión política sobre el desarrollo. Lo único que queremos destacar es que la regulación del derecho de propiedad no es una normativa neutral si no que ejerce una fuerza redistributiva tan o más grande que la que se pueda realizar a través de los impuestos. El derecho de propiedad es un instrumento en manos de los poderes públicos y su contenido esencial no se verá vulnerado mientras quede un mínimo identificable como tal. El Tribunal Constitucional en la mayoría de decisiones ha entendido que ese contenido esencial no ha quedado menoscabado, y que por lo tanto el derecho de propiedad no se ha vulnerado. Estamos tan sólo ante una redistribución de la

riqueza de un país, como el nuestro, en que la falta de agua, la necesidad de acceso a la vivienda, el desarrollo del sector rural y la exigencia de protección del medio ambiente – impuesta por la Unión Europea-- han llevado a una delimitación del derecho de propiedad extrema pero no por ello inconstitucional.

Por otro lado, también existen elementos ajenos a la Constitución que deben tenerse en cuenta en la determinación del contenido esencial del derecho de propiedad. Nos referimos al conjunto de disposiciones normativas civiles, penales y administrativas. En el presente estudio a pesar de defender una propiedad privada, como derecho fundamental, definida a partir de la Constitución, casi exclusivamente, evidentemente compartimos este apunte de Pérez Luño: Las normas extraconstitucionales evidentemente influyen en la configuración del derecho de propiedad privada. Ahora bien su observación deberá ceñirse --como es sabido y aunque señalarlo parezca volver al origen de la cuestión, pero queremos insistir en ello-- a lo que disponga la Constitución. Esta postura es sostenible si se parte, como lo hace Pérez Luño, del artículo 9.3 CE que recoge el principio de jerarquía normativa y seguridad jurídica: Las normas extraconstitucionales pueden concretar las normas constitucionales, pero ello se dará ya en otro estadio, el extraconstitucional y nunca de manera paralela. En este sentido Pérez Luño, así como Díez-Picazo, se refieren al art. 348 del Código Civil, al derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, que deberá por supuesto interpretarse con las exigencias y los valores constitucionales respecto a la propiedad privada. El Tribunal Constitucional también ha señalado esta necesidad: “... la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide considerarla hoy como una figura reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el artículo 348 del CC, Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales, relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación de la institución dominical en una Pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso, De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o Plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae” (STC 37/1987, FJ 2). Pérez Luño añade a los elementos extraconstitucionales datos sociológico-políticos y a modo de ejemplo explica que en Italia, la doctrina, apeló a la idea de “conciencia social” como módulo para discernir el contenido

esencial de la propiedad. Pérez Luño no acepta esta doctrina ya que puede entrañar graves riesgos por su ambigüedad. En Tailandia lo que ha hecho la Corte Suprema es reconocer los elementos externos en el siguiente sentido: en algunos casos el Tribunal reconoce la expropiación, por ejemplo cuando se expropian tierras para crear caminos, y por otro incluyó el elemento externo de la situación económica del país: como es pésima pues el Tribunal permite al Gobierno que no indemnice a los propietarios recordándole que deberá hacerlo así que mejore la situación financiera del país.

Para acabar tan sólo queremos apuntar que teniendo en cuenta que la función social es parte del contenido esencial del derecho de propiedad y que el medio ambiente es una de esas funciones sociales ello nos lleva a concluir que el medio ambiente forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad. Si a ello añadimos que el Tribunal Constitucional, así como en muchos casos la jurisprudencia ordinaria, en la mayoría de las decisiones ha incluido el medio ambiente en la delimitación del derecho de propiedad, de su contenido esencial y de su función social. El primer ejemplo de ello es la sentencia 37/1987, sobre la reforma agraria de Andalucía<sup>25</sup>; y más tarde la

---

<sup>25</sup> Para el Tribunal Constitucional la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo -y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas- viene marcada en cada caso por el elenco de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquél, puede ser expresada como «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 10.)» (STC 37/1987, FJ 2). Así, la doctrina general del contenido esencial de los derechos subjetivos se aplica también al derecho de propiedad: «De acuerdo con esta doctrina constitucional sobre el «contenido esencial» de los derechos subjetivos, procede interrogarse ahora si la Ley de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía infringe o no, en los preceptos impugnados, la garantía del derecho de propiedad establecida en el art. 53.1, en relación con el art. 33 de la Constitución [...] Para ello es necesario partir de la regulación constitucional del derecho de propiedad privada que se contiene en el citado art. 33 al objeto de indagar la naturaleza jurídica de tal derecho o el modo como la Norma fundamental lo concibe. Tras enunciar y reconocer «el derecho a la propiedad privada y a la herencia» en el apartado 1.º de este artículo, el apartado 2.º establece que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes», y en el tercero de tales apartados se garantiza finalmente que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes». Los tres apartados del artículo 33 no pueden interpretarse separadamente [...] Estos tres apartados del artículo 33, que no pueden ser artificiosamente separados, revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional [...] la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada



179/1989, sobre el Parque Regional del Manzanares<sup>26</sup>. También la sentencia sobre Costas y la de Aguas han hecho referencia al medio ambiente, por no hablar las sentencias sobre el patrimonio histórico y cultural<sup>27</sup> o las que hacen referencia a los cambios espectaculares que se realizaron en las Islas Baleares en la que hubo una actividad desenfrenada, e imprescindible, que declaró gran parte de las islas espacios protegidos o parques naturales. Como puede verse en las tablas que describen cada una de las propiedades privadas el contenido esencial del derecho de propiedad incluye hoy, sin lugar a dudas, el medio ambiente.

---

categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (STC 37/1987, FJ 2). Y entre estos intereses como ya se ha visto incluye el medio ambiente.

<sup>26</sup> Esta decisión también establece que el medio ambiente forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad. Un derecho de propiedad que debe fijarse de acuerdo con el momento actual (SSTC 37/1989 y 170/1989); y más teniendo en cuenta, como manifiesta la STC 89/1994, que la consciencia social es relevante para delimitar el contenido del derecho de propiedad.

<sup>27</sup> Ejemplo de ello lo es la sentencia de 21 de marzo de 1989, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 3ª) que analizamos más adelante.

## **2. LOS DIVERSOS CONTENIDOS ESENCIALES DE LA PROPIEDAD DETERMINADOS POR EL OBJETO SOBRE EL QUE RECAIGA ÉSTA Y QUE ACOMPAÑAN AL CONCEPTO UNITARIO DE CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD.**

### **2. 1. EL CONTENIDO ESENCIAL EN LA PROPIEDAD AGRARIA.**

#### *(i) Introducción.*

La regulación de la propiedad agraria debe asegurar el desarrollo económico del sector rural y garantizar la protección del paisaje agrícola y en ocasiones también del medio ambiente. Todo ello se hará con o sin el consentimiento del propietario. Si el propietario agrícola no colabora con esta optimización del campo sus bienes pueden ser limitados y/o expropiados. El Tribunal Constitucional define el derecho de propiedad privada en general, y la propiedad agrícola en concreto, en la conocida sentencia 37/1987, de 14 de abril. En ella se afirma que la regulación legal que restringe las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos imponiéndole determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, con el fin de obtener una mejor utilización productiva de la tierra de acuerdo con los intereses generales, no infringe el contenido esencial, “ahora constitucionalmente garantizado” del derecho de propiedad siempre y cuando se salvaguarde la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria (FJ 2). Los derechos del propietario, afirma la decisión, no se ven conculcados mientras estos no sean “impracticables”. La propietaria puede ver sus capacidades de decisión y uso profundamente limitadas sin que ello implique que estamos ante una expropiación que implique indemnización (STC 37/1987, FJ 2).

Ni la Constitución define la propiedad en general ni el Tribunal Constitucional determina lo que es la propiedad agraria. Por ello para entender que queda comprendido en el marco de la regulación de la propiedad agraria es preciso remitirse a las leyes que hacen referencia a ésta. Sin embargo de las jurisprudencia constitucional sí se desprende que el Alto Tribunal reconoce que existe una propiedad que por sus características debe llamarse agraria o rural que goza de sus propias características: “Una regulación de la propiedad rústica, que atiende a los intereses sociales y a lo que establece la

Constitución, que no haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales inherentes al dominio delimitado por su función social, no es contraria al derecho reconocido en el artículo 33 de la Constitución. Una intervención normativa en este sentido no entraña una desnaturalización del derecho de propiedad que lo haga “irreconocible como perteneciente al tipo descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica” (STC 37/1987, FJ 2).

La sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 es la primera sentencia relevante y punto de referencia sobre la propiedad agraria (y en gran parte también de la propiedad en general). La decisión además hace una diferenciación entre expropiación y regulación general muy restrictiva del concepto de expropiación. La sentencia responde a un recurso de inconstitucionalidad planteado por 53 Senadores, contra determinados artículos de la Ley del Parlamento de Andalucía núm. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria<sup>28</sup> pro entender que éstos violan, entre otros, el artículo 33 de la Constitución. En la decisión, y con el fin de definir la propiedad agraria en concreto, el Tribunal Constitucional manifiesta que la propiedad, en general --aunque entendemos que el Tribunal está elaborando esta tesis para aplicarla aquí en la propiedad agrícola (ya que en ningún momento la sentencia menciona que tales conceptos no puedan aplicarse a la propiedad rural)-- es un Derecho con una doble dimensión: que goza de una vertiente institucional y de otra individual, como derecho subjetivo<sup>29</sup> (STC 37/1987, FJ 2).

Respecto al contenido esencial de la propiedad el Tribunal Constitucional reconoce que existe tal contenido esencial de la propiedad: “Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender

---

<sup>28</sup> Las cuestiones relativas a la supuesta inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 8/1984, de 3 de julio, que se suscitan en la sentencia pueden sistematizarse en tres bloques de materias (de acuerdo con el Tribunal): El primero se refiere a las presuntas violaciones de los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de empresa (artículos 33 y 38 de la Constitución). El segundo concierne a la alegada incompetencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía para regular determinados aspectos contenidos en la Ley impugnada, por infracción de ciertos preceptos constitucionales relativos a la distribución de competencias entre aquélla y el Estado (art. 149.1.1.ª, 8.ª, 13.ª, 14.ª y 18.ª de la Constitución), así como de los correspondientes preceptos del Estatuto de Autonomía para Andalucía; en este grupo temático debe incluirse también la impugnación relativa a la infracción del principio de igualdad en que incurriría la Ley andaluza que los recurrentes combaten. El tercero y último bloque material de cuestiones, más específico, tiene por objeto la pretendida inconstitucionalidad del Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas regulado en la citada Ley andaluza (STC 37/1987, FJ 1).

<sup>29</sup> “Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 111/1983 (fundamento jurídico 8.º), desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo” (STC 37/1987, FJ 2)

el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada” (STC 37/1987, FJ 2). En el presente texto se opina que el problema radica en definir cuál es el contenido esencial exacto de la propiedad privada y cuáles son los criterios que se siguen para definirlo. Para ello volvemos a la sentencia 37/1987 que expresa que el contenido esencial de la propiedad agraria consiste en reconocer que existe un derecho subjetivo de propiedad, de propiedad agraria; y que ésta «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación» (STC 37/1987, FJ 2). De ello a su vez se extrae que la “conversión” de la propiedad agraria en su equivalente económico, para el Tribunal, y en esta decisión, está reconocida constitucionalmente y forma parte de su contenido esencial (STC 37/1987, FJ 2).

También es contenido esencial de la propiedad agraria --y de la propiedad en general ya que no se hace mención expresa aquí de momento a la propiedad privada rural-- la función social --sin que ello implique, creemos nosotros, que la propiedad sea función social. Esta afirmación la realizamos en base a lo anunciado por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico segundo de la decisión: “la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (STC 37/1987, FJ 2).

El hecho de estar dilucidando, nosotros y el Tribunal Constitucional, cuál es el contenido esencial-constitucional de la propiedad privada implica que no estamos ante un derecho de configuración legal. La propiedad no es un derecho de configuración legal. Hoy existe una propiedad constitucional. Prueba de ello es que el Tribunal Constitucional apunta en esta decisión cuales son “los mínimos” infranqueables de este derecho y a continuación añade: “la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los ‘órganos judiciales, en el ‘ámbito de sus respectivas competencias (STC 37/1987, FJ 2).

Pero, de nuevo en este supuesto, “la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se

trate y como practicabilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable” (STC 37/1987, FJ 2)

El Tribunal Constitucional considera que la regulación legal que restringe las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos imponiéndole determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, con el fin de obtener una mejor utilización productiva de la tierra de acuerdo con los intereses generales no infringe el contenido esencial, “ahora constitucionalmente garantizado” del derecho de propiedad siempre y cuando se salvaguarde la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria (STC 37/1987, FJ 2). Entendiendo como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable (STC 37/1987, FJ 2).

Para empezar el Tribunal manifiesta que no forma parte del contenido esencial de la propiedad privada el concepto de propiedad que recoge el Código Civil e insiste en ello después en todas sus sentencias sobre propiedad privada: “La propiedad privada hoy: la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato de inconstitucionalidad” (STC 37/1987, FJ 2).

Todas las sentencias del Tribunal Constitucional también declaran que la función social forma parte de la propiedad privada y por otro lado precisan que esta función social vendrá determinada en función del objeto del derecho de propiedad. Desde su inicio el Tribunal Constitucional reconoce pues que existe una pluralidad de propiedades en función del objeto en que recaiga y ello, entendemos, forma parte también de su contenido esencial: “Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada

derecho de propiedad recae” (STC 37/1987, FJ 2). La determinación de la propiedad privada en función del objeto es una constante que se encuentra en todas las sentencias sobre propiedad privada y por lo tanto nosotros deducimos que estamos ante otro de los elementos esenciales de la propiedad privada.

Por lo tanto en el presente texto podemos afirmar que forma parte del contenido esencial de la propiedad privada, que aquí se afirma en general pero a raíz del análisis de la propiedad rural, el reconocimiento de un mínimo subjetivo de propiedad privada que no podrá ser menoscabado en ningún caso (“tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho” (STC 37/1987, FJ 2)): “Es cierto, en cualquier caso, que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y que, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias” (STC 37/1987, FJ 2).

Otro de los elementos del contenido esencial de la propiedad en general, como ya se ha apuntado, es que ésta no es la propiedad privada del Código Civil: “Por ello, y aunque nuestro Texto constitucional no contenga ninguna previsión específica en relación con la propiedad agraria, al contrario de lo que ocurre con otros tipos de bienes inmuebles o recursos naturales (artículos 45 y 47), debe rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su art. 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada, en general, y de la propiedad agraria, en particular (STC 37/1987, FJ 2).

El Tribunal Constitucional para realizar tales afirmaciones parte de una noción histórica de propiedad agraria. La decisión sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza señala que ya desde 1973 se estaba consolidando la idea de que la propiedad agraria debía atender a la función social (STC 37/1987, FJ 2)<sup>30</sup>. El artículo 33 de la Constitución recoge pues una noción de propiedad coherente con la

---

<sup>30</sup> “Baste para ilustrar la afirmación anterior el concepto que de la función social de la propiedad agraria se recogía ya, años antes de la entrada en vigor de nuestra Constitución, en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973,

propiedad privada actual y con la Constitución: “En otras palabras, si esto era así en el ordenamiento preconstitucional, con mayor motivo puede afirmarse a partir de la vigencia de la Constitución que contiene los preceptos antes glosados, por lo que no hay razón para entender que infrinja dicho contenido esencial, ahora constitucionalmente garantizado, aquella regulación legal que, restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos, imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria” (STC 37/1987, FJ 2).

De la decisión 37/1987 se extrae pues que el contenido esencial del derecho de propiedad agraria es aquel que no lo haga impracticable. El Tribunal Constitucional afirma que para que la propiedad agraria no se considere vulnerada es suficiente que el derecho no se haya hecho impracticable: “Y por la misma razón no puede compartirse la tesis de que una regulación de la propiedad rústica que, atendiendo a estos principios, no haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales inherentes al dominio delimitado por su función social sea en sí misma contraria al derecho reconocido en el art. 33 de la Constitución” (STC 37/1987, FJ 2).

La delimitación del derecho de propiedad agraria, de la propiedad se realiza en base a la noción de tradición de propiedad, se define ésta tradición como una que establece que se tendrán en cuenta los intereses generales; y adaptando ésta al momento actual, en que no es concebible una propiedad ilimitada: “pues tal intervención normativa no entraña una desnaturalización de aquel derecho

---

cuyo artículo 2 dispone, en efecto, que: «El cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular, obliga: a) A que sea explotada la tierra con criterios económicos apropiados según su destino agrario más idóneo, o utilizada para otros fines, sin perjuicio de la debida rentabilidad para el particular, atendiendo en todo caso al interés nacional. b) A que en las fincas de aprovechamiento agrario se realicen las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación de los recursos naturales disponibles de acuerdo con el nivel técnico existente y siempre que las inversiones necesarias sean rentables desde un punto de vista económico y social. c) A que en la empresa agraria se preste el trabajo en condiciones adecuadas y dignas y a que se efectúen, bien directamente o en colaboración con la Administración, las inversiones necesarias de carácter social que sean proporcionadas a la dimensión e importancia de la empresa, teniendo en cuenta la rentabilidad de ésta, para la promoción de sus trabajadores» . Este precepto legal, que es coherente en este punto con la evolución del pensamiento jurídico y del ordenamiento español, y también del de otros países de nuestro entorno cultural, puede ayudarnos, aunque sea de modo aproximativo o no acabado, para saber cuál es, al menos, el contenido esencial, delimitado por su función social, de la propiedad agraria” (STC 37/1987, FJ 2).

constitucional que lo haga irreconocible como perteneciente al tipo descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica” (STC 37/1987, FJ 2).

Y siguiendo con la tradición aquí se apunta que de la jurisprudencia también se desprende que el derecho de propiedad sobre terrenos rurales se limita a las facultades propias del ámbito agrícola y sus facultades no se verán afectadas ni ampliadas por meras negligencias de la Administración. La propiedad agraria no incluye el derecho a edificar. En la propiedad agrícola no se puede construir más de lo imprescindible para la producción agrícola – de acuerdo con la tradición. Además esas construcciones deberán ajustarse a criterios fijados por la Administración para que se respete el paisaje y el ambiente. Ello no implican expropiación sino mera regulación, delimitación del derecho de propiedad agrícola (sentencia de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª), y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias... )

El Tribunal Constitucional para definir lo que es el contenido esencial de la propiedad agraria acude a dos criterios, uno histórico (historia reciente que se consolida con la aprobación de la Constitución) y otro sistemático, que tiene en cuenta otros intereses aparte de los individuales, que se recogen en la Constitución como mandatos --que exigen el desarrollo económico de todos los sectores o la protección del medio ambiente,... -- o habilitaciones (STC 37/1987, FJ 2). Ahora bien, los límites a la propiedad, a los derechos del propietario, no pueden ir más allá de lo razonable, este derecho constitucional no puede desantualizarse (STC 37/1987, FJ 2). Es decir, el límite al derecho mientras sea razonable será constitucional (STC 37/1987, FJ 2). Lo que significa que serán los que impugnen la norma que regula directa o indirectamente el derecho de propiedad los que deberán demostrar que la norma es irracional.

Recapitulando, todos estos elementos – y muchos otros que serán apuntados en función del objeto del derecho de propiedad más adelante-- forman parte del contenido esencial de la propiedad agraria, lo que conlleva que éste no podrá afectarse. ¿Ni siquiera a través de la expropiación? Pues bien, en algunos casos sí y en otros no como se verá. Ahora bien para comprender cuáles han sido los criterios



que han servido para discernir entre expropiación y delimitación del derecho de propiedad agraria<sup>31</sup> antes es preciso apuntar cuál es el concepto de función social de la propiedad agraria que el Tribunal Constitucional utiliza en la decisión (STC 37/1987, FJ 2). De todos modos antes se apunta quién puede delimitar el derecho de propiedad privada en general y la propiedad agrícola en concreto.

(ii) *¿Quién puede fijar el contenido esencial de la propiedad agraria?*

Esta delimitación del derecho de propiedad, manifiesta el Tribunal Constitucional, la realizarán las Leyes de acuerdo con la distribución de competencias y en concreto en concordancia con el art. 149.1.1. CE y otros sobre propiedad agraria (STC 37/1987, FJ 10)<sup>32</sup>. El Tribunal Supremo confirma en numerosas ocasiones esta declaración del Tribunal Constitucional en general y en concreto respecto a la propiedad agraria. Ejemplo de ello es la sentencia de 26 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (derecho propiedad agraria- Ley de Reforma Agraria de Andalucía. Andalucía) (FJ 4) en la que se reconoce que la Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza puede y debe desarrollar normativamente la Ley de Reforma Agraria siempre y cuando exista esa cobertura legal para tomar medidas. En este caso, que será descrito también aquí, el Tribunal Supremo contesta que sí existe cobertura legal para esas medidas de requerimiento de información sobre las fincas.

En la sentencia de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) se establece que

---

<sup>31</sup> En el presente texto tan sólo se analizarán las cuestiones que se plantean ante la posible vulneración del derecho de propiedad por parte de varios artículos de la Ley que se irán desglosando

<sup>32</sup> "Así hay que entenderlo en relación con la propiedad agrícola, cuya regulación no puede ser arbitrariamente separada, como ya queda dicho, de la correspondiente a la materia de reforma y desarrollo agrario desde la óptica de los intereses generales, que, en el caso que nos ocupa, compete a la Comunidad Autónoma de Andalucía en virtud de lo dispuesto en el art. 18.1.4.ª de su Estatuto...el Estado podría regular las condiciones básicas que garanticen una igualdad de trato -asimismo básica o esencial- de todos los españoles en el ejercicio (y en el contenido) de sus derechos de propiedad. Pero ello sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan dotarse, en el ámbito de sus respectivas competencias, de una legislación propia que respete la regulación básica estatal que pudiera en el futuro formularse o, en su caso, los principios de dicha regulación que puedan inducirse de las Leyes estatales vigentes, de acuerdo con la Constitución ... El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto" (STC 37/1987, FJ 10).

la mera negligencia de la Administración no otorga derechos adquiridos sobre suelo agrario a los propietarios de estos terrenos<sup>33</sup>.

El derecho de propiedad sobre terrenos rurales se limita a las facultades propias del ámbito agrícola, determinadas por la Ley, y sus facultades no se verán afectadas ni ampliadas por meras negligencias de la Administración. El propietario-agricultor es el que debe demostrar cuando las construcciones son necesarias e imprescindibles (porque las necesita para guardar grano, utensilios,...). Esta norma es una regulación del derecho de propiedad que no implica ni expropiación ni indemnización y se sustenta en base al contenido esencial de la propiedad agraria y su propia función social. Respecto a la función social de la decisión se extrae que ésta es aquella que responda a los intereses agrícolas, paisajísticos y medioambientales. A raíz de ello en los terrenos agrícolas sólo se permiten construcciones, con permisos, propias y necesarias para el cultivo. La propiedad agraria no incluye el derecho a edificar (sentencia de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª)). En este caso se establece que el legislador y en el concreto supuesto la Administración (de acuerdo con la Ley) es la única que puede fijar el contenido esencial: La Administración siempre y en todo caso. Si no lo ha hecho o ha actuado negligentemente ello no lleva a que los propietarios disfruten de derechos adquiridos. La Administración deberá decidir, de acuerdo con la Ley y la Constitución, qué forma parte de la función social, del paisaje y del medio ambiente. (sentencia de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 3)).

*(iii) Las cuestiones medioambientales determinan el contenido esencial de la propiedad privada agraria.*

Doña ML presenta un recurso contra la decisión de la AT de Cáceres que se resuelve en la

---

<sup>33</sup> "Sólo resta añadir, que la ignorancia, mera tolerancia o incluso negligencia por parte de la Administración en relación con los usos o actividades de los administrados calificables como contrarios al ordenamiento urbanístico, no es susceptible de generar derechos adquiridos ni aun meras expectativas de derechos productoras de efectos jurídicos legitimadores de tales actividades, salvo lo expresamente regulado a través de los institutos de prescripción o caducidad en su caso" (la sentencia de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 3)).

sentencia de 26 de abril de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>, Sección 2<sup>a</sup>)<sup>34</sup>. El recurso de Doña ML también es desestimado por el Tribunal Supremo. De la decisión cabe destacar que el Tribunal declara que la recurrente no demuestra que el Plan sea inviable y contrario a la utilidad social, y no considera que éste sea contrario al medio ambiente como alega la recurrente<sup>35</sup>; todo lo contrario: la planificación asegurará un uso racional de la finca<sup>36</sup> (FJ 2). La finca además puede calificarse así, y ser de acuerdo al Derecho, por razones ecológicas y medioambientales. Si no existe este control, que vendrá a raíz de la aplicación de la calificación, el impacto ambiental sería mucho mayor (sentencia de 26 de abril de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>, Sección 2<sup>a</sup>) (FJ 2)) expresa el Tribunal Supremo. En este caso pues sí que se insiste ya en cuestiones medioambientales mientras que en la decisión anterior, la de la Audiencia Territorial de Cáceres no se trataron.

---

<sup>34</sup> En la sentencia de 26 de abril de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>, Sección 2<sup>a</sup>) se vuelven a tratar cuestiones sobre propiedad agraria, planificación y fincas manifiestamente mejorables en Extremadura a raíz de que la Junta de Extremadura declara la finca rústica X de Doña ML manifiestamente mejorable. Esta declaración se hace a través del Decreto 39/1986 de 3 de junio por la que la Junta de Extremadura aplica la Ley 43/1979 de 16 de noviembre que fue impugnada por Doña ML y analizada en la sentencia de la AT de Cáceres de 11 de octubre de 1988 (sala contencioso administrativo).

<sup>35</sup> La apelante cree que no concurren en la finca los supuestos que la llevarían a declararla manifiestamente mejorable de acuerdo con la Ley 34/1979.

<sup>36</sup> Lo previsto en la Ley... "no puede quedar sin efecto porque los cultivos y aprovechamientos que atendida la función social de la propiedad se lleven a cabo en la finca X al ser calificada como manifiestamente mejorable, pueden alterar el ecosistema de la zona, alteración que en su caso podrá ser mitigada con un racional control [se refiere al Plan y a la calificación de finca manifiestamente mejorable] de los cultivos y aprovechamientos a realizar en la finca, que permita alcanzar las finalidades que la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables persigue, sin mengua de las consideraciones ambientales del territorio donde se encuentra" (sentencia de 26 de abril de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3<sup>a</sup>, Sección 2<sup>a</sup>) (FJ 2)).

## **2. 2. EL CONTENIDO ESENCIAL EN LA PROPIEDAD URBANA.**

### *(i) Introducción.*

El elemento fundamental del derecho de propiedad sobre suelo urbano --el derecho a edificar-- no se tiene, se adquiere. El derecho de propiedad urbana no incluye el derecho a edificar (sentencias de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 6) y sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo)). La propietaria, mediante licencias y permisos conformes al planteamiento urbanístico, puede obtener el derecho a construir. Los objetivos de la función social de la propiedad urbana son: garantizar la vivienda y aplicar planes urbanísticos coherentes y respetuosos con el medio ambiente con el fin de conseguir ciudades racionales en las que se intenta, por parte de los poderes públicos, evitar, a toda costa, la especulación sobre la vivienda. Debido a la intensidad de las relaciones humanas que acaecen en el marco de la propiedad urbana, en conexión sobre todo con la vivienda, en el derecho de propiedad urbana forma especial parte del contenido esencial de este derecho las limitaciones que se imponen, en ocasiones muy graves, con el fin de respetar otros derecho de propiedad urbana (STC 301/1993, FJ 3, cuestión sobre las sanciones que recoge la Ley de Propiedad Horizontal).

El Tribunal Constitucional afirma que: La Constitución no define la propiedad privada urbana, su delimitación, pero sí se aplican a ésta una serie de derechos y principios --en especial el recogido en el artículo 47.1 CE-- que la delimitan de acuerdo con su función social<sup>37</sup>. Estos principios son: "la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (artículo 47 CE, párrafo primero); y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los Entes públicos (artículo 47 CE., párrafo segundo); con arreglo a lo establecido en el artículo 53.3, inciso primero, CE., el reconocimiento, el respeto y la protección de tales contenidos del artículo 47 CE "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes

---

<sup>37</sup> STC 61/1997: "Ha de añadirse que, si bien la Constitución no define lo que haya de entenderse por urbanismo, sí proporciona, junto al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 C.E., párrafo primero), una serie de importantes principios rectores de la política, en este caso, urbanística, a las que han de atenerse en el ejercicio de sus respectivas competencias, los Entes públicos" (FJ 6 a ).

públicos" (SSTC 19/1982, fundamento jurídico 6º y 45/1989, fundamento jurídico 4º)" (STC 61/1997 (Ley del Suelo) (FJ 6 a)).

El Tribunal Constitucional señala que el derecho de propiedad urbano recae sobre un objeto con unas características peculiares: éste está acotado. La artificiosidad<sup>38</sup> de la propiedad urbana, su escasez, lleva a que sea imprescindible clasificar la propiedad urbana en diferentes tipos, es decir, que sea imprescindible la planificación (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 15 a)). Por ello "la regulación del *ius aedificandi* representa el eje mismo de esta manifestación del dominio" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 b)).

(ii) *¿Quién puede fijar el contenido esencial de la propiedad urbana?*

La Constitución establece unos mínimos respecto a la propiedad urbana que entendemos que forma su contenido esencial. Unos mínimos inviolables respecto cada propiedad que vienen definidos no sólo por el artículo 33 de la Constitución; si no por éste y cada uno de los preceptos de la Constitución que se vean afectados respecto cada tipo de derecho – así, en la propiedad urbana entra a formar parte del contenido esencial de ésta el artículo 47 CE. Ahora bien, "habrá de ser la Ley -estatal o autonómica, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias", y con la Constitución- "la que establezca los criterios generales del sistema de la propiedad urbana por imperativos de la reserva de ley y del principio de legalidad (art. 33.2, 53.1 C.E. y 103.1 CE)" STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 b)). Como se verá reflejado en el análisis de la jurisprudencia que se presenta a continuación uno de los grandes problemas respecto a la propiedad urbana, y a la propiedad en general, ha sido el tema de la distribución de competencias --quién estaba legitimado en cada caso para delimitar el derecho de propiedad urbana. Resumiendo mucho, muchísimo, puede afirmarse que el derecho de propiedad podrá ser regulado por los poderes públicos de acuerdo con la distribución de competencias establecida en la Constitución (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo)).

---

<sup>38</sup> El Tribunal Constitucional define a la propiedad urbana como urbana por primera vez en la sentencia de 1997 sobre la Ley del Suelo: "[...] dada la naturaleza artificial de la propiedad urbana [...]" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 21)).

*(iii) El derecho de propiedad urbana no es ilimitado.*

La propiedad constitucional, y en concreto la institución de la expropiación forzosa, no tiene nada que ver con las sanciones que puedan imponer las leyes. La expropiación es, “estrictamente, un sistema de garantías (legales, procedimentales y económicas) tendentes a asegurar los patrimonios privados frente a las intromisiones del poder público (de la Administración sobre todo) fundamentadas en apreciaciones de conveniencia o necesidad pública, exigiéndose por la CE que tales privaciones de bienes o derechos se realicen sólo cuando concurra “causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto con las leyes”” (STC 301/1993, FJ 3)<sup>39</sup>.

*(iv) El derecho de propiedad de propiedad sobre suelo urbano, su contenido esencial, no incluye el derecho a edificar.*

Sólo cabrá indemnización si realmente se demuestra que se iniciaron legítimamente actuaciones urbanísticas amparadas en una norma legal y administrativa pero ésta se decidirá caso por caso y tan sólo se aplicará respecto las obras concretas ya realizadas (y no por las futuras). Es decir, si el propietario había iniciado las obras para una red eléctrica porque hasta el momento el destino de los terrenos era la edificación, al propietario se le indemnizará por los gastos que le supuso crear la red, pero no por las pérdidas que le supondrá no poder levantar los edificios que había planeado. La clasificación, mantiene el Tribunal Supremo, no ha dejado vacío de contenido el derecho de propiedad, teniendo en cuenta, como los propietarios alegan que éste no incluye el derecho a edificar. En este caso también se recuerda lo que disponen los artículos 33, 45 y 47 de la Constitución en relación con tal alegación. Es decir, los intereses que recogen estos artículos, forman parte del contenido esencial, de la función social del derecho de propiedad sobre suelo urbano. La sentencia de 15 de noviembre de

---

<sup>39</sup> Vean también el comentario a la sentencia realizado por. Pilar Álvarez Olalla: “La constitucionalidad de la privación del uso del piso o local al propietario, ante la realización de actividades prohibidas en Estatutos, dañosas para la finca, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas (SSTC 301/1993, de 21 de octubre, y 28/1999, de 8 de marzo),” *Derecho Privado y Constitución* 13 (1994).

1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) cuestiona la modificación plan urbanístico.

En ella se recurre la resolución de la Consejería de ordenación del Territorio, Medio ambiente y Vivienda, de fecha de 18 de julio de 1986 que desestimaba el recurso de reposición entablado contra el Avuedo que aprobaba la Revisión del Plan General de ordenación urbana de Madrid de 7 de marzo de 1985. El Plan, alega el recurrente, incide sobre la finca de su propiedad Monte X, de forma contraria al Derecho, cuando éste califica el terreno donde se encuentra ésta de suelo sin destino urbano, no urbanizable, especialmente protegido y área de alto valor ecológico. El propietario del Monte X alega que la ordenación “hace desaparecer el contenido esencial del derecho de propiedad”, a éste sólo le queda la “titularidad vacía de todo contenido, ya que, tratándose de terrenos el contenido esencial de tal propiedad es el derecho a edificar, asentar edificaciones en su terreno, aunque si lo sea en cierta medida”. El Tribunal Supremo, y tampoco la Administración no lo ven exactamente así. El propietario de los terrenos defiende que debe declararse la ilegalidad del plan y aplicarse el principio indemnizatorio por los daños y perjuicios derivados de tal clasificación; o que se le expropie la finca por su valor (ya que nada puede hacer ya con ella, se entiende). El Tribunal Supremo recuerda y reitera, apunta éste, la obligación, constitucional, que tienen los poderes públicos respecto los derechos contenidos en los artículos 45 y 47 de la Constitución. Asimismo insiste en la naturaleza y límites del derecho de propiedad de acuerdo con éstos artículos y el 33 de la Constitución. Por todo ello entiende que el Plan se ajusta al Derecho y que en modo alguno cabe indemnización (sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 3)).

La Administración además, pretendía crear un Anillo Verde en la zona (ver la sentencia directamente para los detalles sobre éste) con el cual varios propietarios tampoco estaban de acuerdo. Éste estaba también plenamente justificado, manifiesta la sentencia, ya que con él se crean grandes parques públicos “de los que tan necesitado estaba Madrid como su entorno...” (FJ 5). También en este caso “la carga de la prueba” recae en los recurrentes para conseguir lo que alegan han de “basarse en una clara actividad probatoria que deje seriamente acreditado que la Administración, al planificar ha incurrido en error, o al margen de aquella discrecionalidad, o que ha incurrido en arbitrariedad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas,...” (sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 6)). Es decir, una norma que regule el derecho de propiedad urbana no será anulada si no se demuestra que ésta es arbitraria o si ha incurrido en error. La parte demandante, los propietarios, no demuestran que nos encontremos ante ninguno de estos

supuestos. Los artículos 33, 45 y 47 de la Constitución habilitan esta regulación del derecho de propiedad urbana por parte de la Administración, de hecho ésta responde a los mandatos que recogen los citados preceptos. El Tribunal Supremo además añade razones históricas y recuerda que en la zona ya se quiso crear el Anillo Verde (FJ 6).

Los recurrentes, propietarios, tampoco van a ser indemnizados en este caso y ello es conforme a derecho. La demanda alega que en el presente caso “se ha producido una modificación anticipada del planteamiento cuando ya se habían iniciado actuaciones urbanísticas que además han sido corroboradas por esta Sala...” (FJ 8). Ni siquiera estas actuaciones urbanísticas ya realizadas y probadas por parte de los propietarios en este caso van a verse indemnizadas a raíz de la presente sentencia pero puede que sí que lo sean en un futuro si estos demuestran lo que el Tribunal Supremo exige.

Para justificar su decisión el Tribunal Supremo explica: “El artículo 87.2 (del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976), debe ser objeto de interpretación estricta, ... la regla general es que la facultad de modificación de la ordenación de terrenos y construcciones no da derecho, en principio a indemnización patrimonial”. La indemnización sólo procederá, expone el Tribunal Supremo, “cuando se acredite existencia de una concreta lesión patrimonial en los bienes y derechos de quien la reclame”, no de todos, sólo de quién la reclame, y ésto no es todo: “y se justifique que ha dado efectivo cumplimiento de los deberes y actuaciones que impone a los propietarios el ordenamiento urbanístico” (sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 8)). Entendemos que las cargas, para que las soporte un sólo propietario, son decididamente altas. Como estamos ante un Plan General, no se da ninguna de las circunstancias que puedan dar lugar, de momento, a una indemnización. Tampoco se entiende que se vulnere por eso el principio de igualdad: a desigualdad de clasificación de los terrenos, éstos se verán sometidos a “muy diferente suerte urbanística”, es una desigualdad que viene justificada en el momento del planteamiento y compensada en el momento de ejecución del mismo, si cabe. La indemnización que pueda prever el artículo 87.3 del Texto Refundido de 1976 se configura por dos elementos: la restricción singular del aprovechamiento del suelo y la imposibilidad de su distribución equitativa. El Tribunal Supremo para determinar cuando estamos ante una expropiación que implique indemnización utiliza la teoría de la singularidad. El Plan, en general, no tiene efectos expropiatorios. Por todo ello se desestima la demanda de los propietarios, y si alguno de ellos, más adelante, demuestra que está singularmente perjudicado y demuestra los daños ya sufridos (no los futuros) quizás pueda obtener indemnización, pero eso ya será en otro proceso (sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala



3ª, Sección 5ª) (FJ 8)).

La conocida sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) vuelve a manifestar que el contenido esencial del derecho sobre la propiedad urbana del suelo no incluye el derecho a edificar, pero esta vez lo hace de manera central (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 5)). El urbanismo se traduce en potestades concretas, habilitaciones, para los poderes públicos, para que regulen el derecho de propiedad urbana desde – y entendemos que ello es parte de su contenido esencial, de su función social—el planeamiento. El planeamiento es necesario por ser el régimen jurídico del suelo esencial y el soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación<sup>40</sup> (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 6, a))). El artículo 47 de la Constitución, el derecho a una vivienda digna, forma parte del contenido esencial y de la función social de la propiedad privada urbana. Éste legitima cualquier regulación general sobre la propiedad privada sin que por ello deba indemnizarse a los propietarios que se vean afectados (STC 61/1997, FJ 6 a) )<sup>41</sup>. No debe olvidarse que la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad y expresa y sintetiza los deberes que modulan su ejercicio (art. 33.2 C.E.) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 10)). En principio debe existir una igualdad básica entre todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad (que de acuerdo con el Tribunal Constitucional establecerá el legislador estatal ex artículo 149.1.1 CE) y respecto al contenido de la función social, “que le es inherente” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 10)). El Estado puede diseñar un derecho de propiedad urbana que disocie propiedad del suelo del derecho a edificar (STC 61/1997, de

---

<sup>40</sup> “[...] el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la “ordenación urbanística”, como objeto normativo de las leyes urbanísticas (recogida en la primera Ley del Suelo de 1956, art. 1º). Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas a o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación [...]” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 6, a)))

<sup>41</sup> En el fundamento jurídico sexto también aparece una discusión extensa sobre la distribución competencial. Para hacerse una idea sobre su contenido, y seguir mejor el hilo de la sentencia que aquí analizamos, muy a grandes rasgos, se apunta que el Tribunal Constitucional recuerda que las Comunidades Autónomas tienen, cuando lo establezcan sus Estatutos de Autonomía, competencias exclusivas en materia de ordenación urbanística y que el Estado tiene la de la regulación sobre las condiciones generales de la propiedad urbana que garanticen igualdad en el ejercicio del derecho., y también la regulación sobre la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa. (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 6 b))

20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 10)).

El derecho de propiedad urbana está especialmente vinculado a la libertad de empresa y ambos subordinados a que se cumplan los objetivos de la planificación urbanística. La asignación de los usos del suelo la establecerá la legislación o la Administración y no los particulares. Ésta regulación es también una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución --y no conlleva indemnización (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14 c))<sup>42</sup>. La propiedad urbana, así regulada, está protegiendo dos intereses constitucionalmente protegidos: los derechos del propietario, salvaguardados todavía a través del margen que se le otorga al mercado, y los intereses de los no propietarios, los otros propietarios, y los que lo pretenden ser, que se protegen a través de la gestión de la Administración; en definitiva, que se protegen a raíz de la figura de la función social, intrínseca al derecho de propiedad privada. La prohibición de edificar en suelo no urbanizable -o categoría análoga según la legislación autonómica- encaja, pues, dentro de las condiciones básicas de la propiedad urbana (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16 a)). El deber de "incorporación al proceso urbanizador y edificatorio" que establece el art. 19 TRLS deriva del hecho de que el derecho de propiedad en general --y el derecho de propiedad urbana en concreto-- es un derecho constitucional (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 a)). El derecho de propiedad urbana, y en concreto el derecho a edificar, tiene carácter temporal y debe estar especialmente acotado. Por eso la exigencia de licencias para ejercerlo no vulnera su contenido esencial y supone una delimitación legítima y constitucional de tal derecho. El objetivo de la regulación de la propiedad urbana es impedir la especulación del suelo urbano y garantizar así el acceso a la vivienda (ex art. 47 CE).

El Tribunal Constitucional manifiesta en el fundamento jurídico 17 que el derecho de propiedad privada urbana tiene carácter temporal y que su objetivo es impedir la especulación. La decisión sigue

---

<sup>42</sup> "Es obvia la estrecha relación que un principio así enunciado guarda con el derecho de propiedad urbana -que está subordinado a que se cumplan los presupuestos de la legislación urbanística- y con la libertad de empresa, en cuanto supone igualmente una limitación de su ámbito material, puesto que la última palabra sobre la gestión urbanística queda sustraída a la libre decisión del empresario. Entendido, pues, en el sentido de que la asignación de usos al suelo queda sustraída al mecanismo de mercado y a la decisión del propietario resulta evidente su cobertura bajo el título que descansa en el art. 149.1.1º C.E. Desde tal perspectiva, este principio conecta por otra parte con el mandato inexcusable derivado del art. 47 C.E. en cuya virtud corresponde a los poderes públicos, y sólo a ellos, la regulación o normación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, a través de la ley y, por su remisión, al planeamiento." (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14 c)).

haciendo afirmaciones en relación a la exigencia de solicitar la licencia de edificación en plazo. El proceso de progresiva adquisición y patrimonialización de las facultades dominicales- constituye un elemento esencial de la propiedad urbana. El "derecho" a edificar – el Tribunal Constitucional lo define así como "derecho a edificar" – está sometido al interés general que exige evitar la especulación y garantizar a todos los españoles, y españolas, el disfrute de una vivienda digna y adecuada en virtud del artículo 47 CE. Por lo tanto el proceso urbanizador y edificatorio no puede dejarse en manos de los propietarios (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 f))<sup>43</sup>. La "no adquisición del derecho a edificar" y los "efectos de la extinción del derecho a edificar" son una regulación del derecho de propiedad urbana constitucional y que no implican indemnización (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 i)). El establecimiento de plazos para la edificación no supone una limitación del derecho de propiedad contraria a la Constitución si no una delimitación del derecho, básica, en consonancia con la Constitución (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 j)).

La ocupación directa que se aplica a los terrenos "de aprovechamiento cero" --afectados por el planeamiento a dotaciones públicas para adscribirlos a los usos y servicios públicos que motivaron su afectación en el Plan de ordenación – "corresponde a la categoría de la expropiación forzosa" y debe por tanto, cuando ocurra, disponer de las mismas garantías. El Título IV TRLS establece los ejes para la "Ejecución del planeamiento" y el Capítulo IV regula la "Obtención de terrenos dotacionales", artículos 203 y 205. En el 203, se establece la "ocupación directa". La ocupación directa a juicio del Tribunal Constitucional es una figura en la que "predomina la configuración de una singular modalidad expropiatoria" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 29 a)). A través de ella se produce, respecto a terrenos afectados por el planeamiento a dotaciones públicas (que no hayan de ser objeto de

---

<sup>43</sup> "Esta dimensión temporal de la propiedad urbana y de su ejercicio mediante la materialización del aprovechamiento urbanístico, es decir, del derecho a edificar, tiene su respaldo en el mandato del constituyente de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, en conexión con el derecho de todos los españoles al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), directrices constitucionales éstas que quedarían desatendidas si la incorporación de los propietarios al proceso urbanizador y edificatorio quedase deferida a su libre y omnimoda decisión, desde una perspectiva temporal. Si bien la fijación de plazos, su prorrogabilidad o no, el instrumento en que deban establecerse y otras concreciones de la dimensión temporal de la propiedad urbana deban ser remitidas al legislador autonómico, como pertenecientes al ámbito de las concretas técnicas urbanísticas, es decir, de la ordenación urbana (art. 148.1.3ª C.E.). No ha de olvidarse, dicho en otros términos, que de las condiciones básicas de la propiedad urbana establecidas por el legislador estatal se infiere que la dimensión temporal -el proceso de progresiva adquisición y patrimonialización de las facultades dominicales- constituye un elemento esencial. Bajo este perfil, parece asimismo evidente que la referencia al tiempo o a la existencia y cumplimiento de plazos no sea sino uno de los elementos integrantes de tales condiciones básicas" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 f)).

cesiones obligatorias y gratuitas), es decir, terrenos sin aprovechamiento lucrativo para su propietario también denominados "de aprovechamiento cero", la transmisión coactiva de la titularidad dominical de tales terrenos a las Administraciones urbanísticas actuantes para adscribirlos a los usos y servicios públicos que motivaron su afectación en el Plan de ordenación. La vinculación de destino que éste dispuso se hace así efectiva, trasladando la titularidad dominical de manos privadas a la de Entes públicos (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 29 a)).

Esta "traslación" se realiza "de forma coactiva" y se produce con unas condiciones un poco inusuales: (i) la ocupación – coactiva-- se realiza sin previo pago del justiprecio, al igual que ocurre en la expropiación de urgencia (art. 52 y concordantes de la LEF); (ii) y el justiprecio no consiste aquí en el abono de una indemnización dineraria --como equivalente económico del terreno ocupado--si no en la "adjudicación al propietario del aprovechamiento urbanístico patrimonializado para que lo haga efectivo en una unidad de ejecución con exceso de aprovechamiento real" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 29 a)). En opinión del Tribunal Constitucional esta última característica aproxima esta modalidad expropiatoria a la prevista en el art. 217 TRLS, por la que unilateralmente la Administración expropiante puede satisfacer el justiprecio mediante la adjudicación de terrenos equivalentes, situados en la misma área de reparto que el expropiado públicos (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 29 a)).

El Tribunal Constitucional entiende que la ocupación directa equivale en gran medida a la figura de la expropiación, "a la estructura esencial de la potestad administrativa expropiatoria" por dos razones: existe una privación singular y coactiva de derechos patrimoniales mediante la sustitución por su equivalente económico o indemnización (el aprovechamiento urbanístico correspondiente), y ello se realiza a través de un procedimiento formal (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 29 a)). Ha de añadirse asimismo, continúa el Tribunal Constitucional con su análisis del capítulo del TRLS, que en virtud de lo dispuesto en el art. 204.2, la ocupación directa es susceptible de transformarse o reconducirse a una propia o común expropiación forzosa, a instancia del propietario expropiado, si transcurren los plazos previstos en dicho precepto sin que se produzca la aprobación definitiva del instrumento redistributivo de la unidad de ejecución excedentaria, que permita al propietario ocupado hacer efectivo en ésta su aprovechamiento urbanístico. La posibilidad de reconducción a la expropiación pone de relieve que, en lo que aquí interesa, no nos hallamos en presencia de una simple técnica de gestión urbanística arbitrada por el legislador estatal, sino ante una determinación legal para habilitar una modalidad expropiatoria, como alternativa a la expropiación, cuya aplicación y regulación

procedimental queda en manos del legislador autonómico, tal como señala el art. 203.3 TRLS. En definitiva, lo que hace el Tribunal Constitucional es equiparar ocupación directa y expropiación forzosa (“al asimilarse la ocupación directa a la categoría de la expropiación forzosa [...]”) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 29 a)) y en base a ello se acepta, ex art. 149.1.18º, que sea el Estado el que pueda establecer las condiciones mínimas para su expropiación (sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan instrumentar las normas específicas del procedimiento que sean proporcionadas a la singularidad de la clase de expropiación de que se trate [...] (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 29 a))).

En la venta forzosa se entiende conforme a la Constitución el hecho que se indemnice al propietario por el valor correspondiente al grado de adquisición de facultades urbanísticas (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 32 a)).

La norma que establece “todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal” no sólo es constitucional si no que además garantiza un estatuto básico --conforme al principio de igualdad-- de la propiedad urbana y del derecho a edificar. Por lo tanto estamos también ante una delimitación del derecho de propiedad urbana (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 34 a)). Las ordenes de ejecución por motivos turísticos o culturales – “el deber de conservación”-- también se consideran una delimitación del derecho de propiedad, que, por lo tanto, no se indemnizará a menos que sean susceptibles de privar de toda rentabilidad económica o utilidad privada al derecho de propiedad urbana (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 34 b)).

La propiedad urbana está vinculada a la ordenación urbanística de la ciudad y se establece en el marco constitucional que incluye los artículos 33 y 47 CE. Existe una exigencia de planeamiento u ordenación urbanística que es instrumental respecto de la regulación de la propiedad urbana, y del derecho de propiedad. En ese contexto, a juicio del Tribunal Constitucional el contenido y disfrute de la propiedad urbana dependerá de las diversas opciones de contenido y disfrute de la propiedad urbana política urbanística que se adopten en cada ciudad: clasificación del suelo; asignación de usos y sus magnitudes; localización de las dotaciones públicas, entre otras ” (STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6) a). Esa vinculación de la propiedad urbana a la ordenación de la ciudad lleva a que la LRSV considere inherente a su propia regulación la existencia de planeamiento urbanístico; esto es, de aquel instrumento de ordenación que determine el haz de facultades urbanísticas sobre cada terreno y haga compatible el disfrute de las facultades urbanizadoras y edificatorias con la estructura y singularidades

de cada ciudad ” (STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6) a).

Los propietarios deberán contribuir, en los términos establecidos en las leyes, a la acción urbanística de los entes públicos, a los que corresponderá, en todo caso, la dirección del proceso, sin perjuicio de respetar la iniciativa de aquéllos – que no por ello se entiende garantizada (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 9)). Esa participación podrá ir pues, desde el reconocimiento de un derecho a la transformación del suelo (en sistemas de ejecución privada) hasta la situación jurídica de interesado (en sistemas de ejecución pública). Y a raíz de ello el Tribunal Constitucional incardina el art. 4.1 LRSV en la competencia estatal del art. 149.1.1 CE (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 9)). La participación de la iniciativa privada en los supuestos de actuación pública debe garantizarse por parte de los poderes públicos aunque ésta no ostente la propiedad del suelo (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 9)). Forma parte del contenido esencial, y de la delimitación, conforme a la Constitución, del derecho de propiedad urbana la exigencia de que las leyes garanticen, en todo caso, el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, entre todos los propietarios afectados por cada actuación urbanística, en proporción a sus aportaciones. El mandato de equidistribución debe garantizar la igualdad entre los propietarios urbanos (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 10)).

La norma que establece que los propietarios de suelo urbano tienen derecho a completar la urbanización de los terrenos para que adquieran la condición de solares y a edificar éstos en las condiciones que en cada caso establezca la legislación urbanística y el planeamiento no vulneran el principio de igualdad – la comparación la hacen los recurrentes frente a los propietarios de suelo urbanizable (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)). No se da una discriminación positiva a los propietarios de suelo urbano consolidado --frente a los propietarios de suelo urbano no consolidado-- cuando la Ley establece que "Los propietarios de terrenos en suelo urbano consolidado por la urbanización deberán completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen --si aún no la tuvieron-- la condición de solar, y edificarlos en plazo si se encontraran en ámbitos para los que así se haya establecido por el planeamiento y de conformidad con el mismo". Estamos ante otra delimitación del derecho de propiedad susceptible de no ser indemnizada (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 20)).

Respecto al suelo urbano ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración todo el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio del ámbito de desarrollo en el que sus terrenos resulten incluidos y ceder obligatoria y

gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya en el ámbito correspondiente, a efectos de su gestión es una regulación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución--que además no incluye indemnización (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 21)). Asimismo, es una delimitación constitucional del derecho de propiedad urbana la regulación que establece que los propietarios de suelo clasificado como urbanizable tendrán derecho a usar, disfrutar y disponer de los terrenos de su propiedad conforme a la naturaleza rústica de los mismos --y sólo en ese sentido. En contrapartida tendrán derecho a promover su transformación instando de la Administración la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo, de conformidad con lo que establezca la legislación urbanística (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 25)). La norma que regula los deberes de los propietarios de suelo urbanizable -- que incluye, entre muchos otros deberes, ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración todo el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes, ... ; costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación, ... -- es constitucional y constituye una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme al artículo 33 Ce que no exige indemnización (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 30)).

Las propietarias de suelo no urbanizable tendrán derecho a usar, disfrutar y disponer de su propiedad de conformidad con la naturaleza de los terrenos, debiendo destinarla a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos u otros vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, y dentro de los límites que, en su caso, establezcan las leyes o el planeamiento. Esta es una delimitación del derecho de propiedad "urbana" conforme a la Constitución. Ninguno de los límites que se imponen a este tipo de propiedad se indemnizará.

(STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 31)). Así, en el suelo no urbanizable común -- en los que no hay una especial protección--se permiten tan sólo los usos constructivos menores conformes "con la naturaleza de los terrenos". Ello también es una delimitación del derecho de propiedad urbana (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 32)). También se considera que es una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución la norma que establece que el cambio de uso no da derecho a la reversión si el nuevo uso asignado estuviera adecuadamente justificado y fuera igualmente dotacional público (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 43)). En determinados casos sí se indemniza al propietario ante la privación o lesión de derechos urbanísticos. Es la doctrina la que deberá definir cuándo estamos ante una expropiación y cuándo ante a la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En primer término el Tribunal Constitucional señala que fijar la diferencia entre responsabilidad patrimonial de la Administración y expropiación es algo que corresponde definirlo a la doctrina. Antes pero debe apuntarse lo que establecen los artículos 41 a 44 LRSV, que componen el Título V de la Ley ("supuestos indemnizatorios"). Los artículos 41 a 44 LRSV definen varios supuestos de privación o lesión de derechos urbanísticos a los que debe acompañar una indemnización. Estos supuestos de privación o lesión no son homogéneos. Se refieren tanto a los daños (directos o indirectos) derivados de la alteración del planeamiento urbanístico (artículos 41, 42, y 44.1 LRSV), como a las limitaciones singulares impuestas por la ordenación urbanística (art. 43 LRSV), o a los daños que irroga la actuación administrativa en su función de otorgamiento de licencias (art. 44.2 LRSV). Todos ellos son supuestos en que la ley otorga el derecho a obtener una indemnización de Derecho público. Aclarado lo anterior, el Tribunal Constitucional precisa también que no es tarea del Tribunal, sino de la doctrina, precisar en qué casos la indemnización de Derecho público que regula la LRSV es reconducible a la institución expropiatoria y en qué casos a la de la responsabilidad patrimonial (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 47)). La regulación de la propiedad del suelo urbano en base a la clasificación de los terrenos es una delimitación constitucional del derecho de propiedad urbana (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 53)). Un plan urbanístico que determina que una finca que en el anterior planeamiento venía calificada como "zona de industria existente", y que ahora pasa a tener consideración de "suelo no urbanizable protegido de zona verde", al tiempo que se recalifican como suelo industrial los terrenos del polígono de otra zona, que tenían la consideración de zona verde, es una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución. Además la calificación de cada uno de estos terrenos la realiza la Administración con el fin de proteger los intereses de los vecinos - y no los de los propietarios-- y se considerará correcta mientras no sea del todo arbitraria --por más que el propietario insista y demuestre que hubiese sido más lógico optar por otra clasificación (sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) (FJ 4). También estamos ante una delimitación del derecho de propiedad urbana constitucional cuando en una ordenanza municipal se establece, sin que se otorgue indemnización, que para poder edificar en un solar debe establecerse una línea de separación del contiguo que forme un amplio ángulo... con el fin de asegurar la edificabilidad de los solares restantes tras la edificación de los antiguos. En la ordenanza también se exige, y también es una regulación del derecho de propiedad urbana, que las edificaciones sean racionales y contribuyan a la mejora del entorno vital de los ciudadanos, proscribiendo aquéllas cuyo único resultado sea la utilización al máximo del suelo disponible, a riesgo de destruirlo, cuanto menos, hacer muy difícil la armonía de los núcleos urbanos (sentencia de 21 de diciembre de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 2)).



En los arrendamientos urbanos un propietario-arrendador puede ver limitado su derecho de propiedad a raíz de una corrección de la Ley que la hacía inconstitucional por vulnerar el derecho a no ser discriminado – al excluir del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido more uxorio con el arrendatario o arrendataria fallecida. El hecho que el propietario vea limitado su derecho de propiedad, en beneficio del arrendatario, sin que se establezca indemnización para el primero es una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución (STC 222/1992, FJ 3).

### **2. 3. EL CONTENIDO ESENCIAL Y EL MEDIO AMBIENTE.**

#### *(i) Introducción.*

El medio ambiente forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad privada. Las limitaciones que puedan imponerse al derecho de propiedad con el fin de establecer espacios protegidos son una delimitación del derecho de propiedad conforme a la Constitución que no exigen indemnización (STC 170/1989, FJ 8 b). La delimitación del derecho de propiedad privada sobre bienes ubicados en espacios protegidos deberá realizarse partiendo de las previsiones de otros preceptos constitucionales. Los poderes públicos deben «delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes» . En general, en la regulación del derecho de propiedad relacionada con aspectos ecológicos, aparte del medio ambiente deberán atenderse otros intereses como son los establecidos en los artículos 128.1, 40, y 130 de la Constitución, entre otros. El medio ambiente forma parte de casi todos los derecho de propiedad, por ello muchas de sus características generales en relación al derecho de propiedad se verán caso por caso y también específicamente en cada tipo de propiedad.

El límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse (art. 33.2 de la Constitución) no es siempre fácil de determinar. En este sentido, debe recurrirse a la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales, (STC 170/1989, FJ 8 b). En la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales se ha señalado, recuerda el Tribunal Constitucional, respecto del derecho de propiedad, que “la fijación de el contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe

incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo» -STC 37/1987” (STC 170/1989, FJ 8 b). El Tribunal Constitucional concluye que partiendo de este dato y de las previsiones de otros preceptos constitucionales (artículos 128.1, 40, 45 y 130, entre otros), los poderes públicos deben «delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes» (STC 170/1989, FJ 8 b).

El derecho de propiedad, en general, y el derecho de propiedad que se disfruta en los espacios protegidos en concreto, es un derecho que se delimitará de manera que sea reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho. Actualmente estamos ante un momento histórico en que el medio ambiente es relevante (STC 170/1989, FJ 8 b). Una delimitación del derecho de propiedad que tiene por objetivo proteger el medio ambiente – “medidas tendentes a proteger el espacio natural”-- no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados. En la propiedad agraria, la planificación es una delimitación del derecho de propiedad que beneficiará el medio ambiente y ello, por ser conforme a la Constitución, no requerirá en general, indemnización. Es decir, el medio ambiente juega como uno de los factores determinantes para delimitar, también, el contenido esencial del derecho de propiedad agrícola (sentencia de 26 de abril de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 2ª)).

*(ii) El derecho de propiedad, en general, y el derecho de propiedad que se disfruta en los espacios protegidos en concreto, es un derecho que se delimitará de manera que sea reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho. Hoy estamos ante un momento histórico en que el medio ambiente es relevante.*

La delimitación del derecho de propiedad no supone, claro está, continúa el Tribunal Constitucional, “una absoluta libertad del poder público que llegue «a anular la utilidad meramente individual del derecho» , o, lo que es lo mismo, el límite se encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho” (STC 170/1989, FJ 8 b).

El medio ambiente, el artículo 45 de la Constitución forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad (STC 170/1989, FJ 8 b). Así, estaremos ante un caso de expropiación forzosa, que implicará indemnización, cuando, y sólo cuando, los límites que se impongan «no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios». El Tribunal Constitucional acude “a una técnica habitual en el ordenamiento” para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: el uso tradicional y consolidado del derecho. (STC 170/1989, FJ 8 b). A partir de la afirmación del Tribunal Constitucional puede concluirse que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad establecida en espacios protegidos el uso de esa propiedad conforme a la utilización tradicional y consolidada de los predios (STC 170/1989, FJ 8 b).

La sentencia, así como la Ley, establece que los límites fijados no serán indemnizables salvo que los vínculos que se impongan «no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios». En este caso se ha acudido, pues, “a una técnica habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: el uso tradicional y consolidado” (STC 170/1989, FJ 8 b). El Tribunal Constitucional recuerda que esta “técnica”, para distinguir entre delimitación – que no implica indemnización-- y expropiación forzosa – que sí conlleva indemnización--ya se utilizó también en el art. 87 de la Ley del Suelo respecto del suelo no urbanizable y en la Ley de Aguas, “estimándose por este Tribunal que no suponía vulneración alguna de la garantía indemnizatoria del artículo 33.3 de la Constitución, sino delimitación del contenido de los derechos patrimoniales” -STC 227/1988-. Para el Tribunal el test permite identificar el contenido esencial de los derechos (STC 170/1989, FJ 8 b). El medio ambiente juega como uno de los factores determinantes para delimitar, también, el contenido esencial del derecho de propiedad agrícola.(sentencia de la AT de Cáceres de 11 de octubre de 1988 (sala contencioso administrativo) (FJ 3)).

Consiguientemente, una Ordenanza municipal sobre ruidos y vibraciones --que se elabora con el fin de proteger el medio ambiente-- que afecta a contratistas y constructores, promotores de obras y edificios, y que establece que la concesión de licencias de apertura para el ejercicio de actividades de nueva instalación estarán condicionadas por las distancias mínimas, que se indican en dicho artículo, es una delimitación del derecho de propiedad – propiedad urbana en este caso--constitucional, “necesaria e imprescindible” (sentencia de 20 de septiembre de 1994, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 4)).

En conclusión, el medio ambiente forma parte del contenido esencial de la propiedad privada y por lo tanto formará parte de la delimitación de su contenido.

## **CAPÍTULO TERCERO:**

**DISTINCIÓN ENTRE: REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD, EXPROPIACIÓN Y *REGULACIONES EXPROPIATORIAS (REGULATORY TAKINGS)*. LA SUPUESTA CLARA DIVISION EN ESPAÑA Y ALEMANIA ENTRE EXPROPIACION Y REGULACION DE LA PROPIEDAD. (¿ CUÁNDO ESTAMOS ANTE UNA EXPROPIACIÓN FORZOSA QUE DEBE INDEMNIZARSE Y CUÁNDO ANTE UNA LIMITACIÓN DE DERECHOS QUE NO IMPLICA INDEMNIZACIÓN PORQUE SE CONSIDERA UNA DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD?).**

**I. LA EXPROPIACIÓN COMO GARANTÍA PROCEDIMENTAL LEGAL Y COMO GARANTÍA DE LIBERTAD V. LA EXPROPIACIÓN COMO GARANTÍA MATERIAL.**

### ***1. 1. INTRODUCCIÓN.***

*"[W]hile property may be regulated to a certain extent, if regularory goes too far it will be recognized as a taking".*

Juez Holmes (Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos *Pennsylvania Coal Co v. Maon* (1922)).

En 1922 la Corte Suprema de Estados Unidos, y en concreto el Juez Holmes, que escribe la opinión mayoritaria, determina lo que a partir de entonces debe entenderse por un *regulatory taking*: “Mientras la propiedad puede verse regulada hasta cierto punto, si una regulación va demasiado lejos, será considerada una expropiación” (“[W]hile property may be regulated to a certain extent, if regularory goes too far it will be recognized as a taking”). A partir de 1922, y de esta conocida sentencia *Pennsylvania Coal Co v. Mahon* (1922), la Corte Suprema aplica la siguiente norma<sup>1</sup>: En determinados casos, si la regulación, la delimitación, del derecho de propiedad privada se excede en sus limitaciones, estaremos ante una expropiación<sup>2</sup>. Desde entonces, la Corte Suprema norteamericana ha intentado resolver el problema de determinar cuándo estamos ante una delimitación del derecho de propiedad que va demasiado lejos, qué es la propiedad, cuáles son los derechos ya adquiridos --por ejemplo, si el derecho a edificar es parte del derecho de propiedad sobre el suelo, o si la propiedad privada incluye el derecho a no colindar con una planta nuclear-- y si éstos deben ser indemnizados.

---

<sup>1</sup> Esta doctrina no ha estado exenta de críticas. Grey lidera, junto con Michelman, las opiniones discrepantes sobre las consecuencias de este tipo de interpretación (T. C. Grey, “The Malthusian Constitution”, *U. Miami L. Rev.* 41 (1986) 21-ss; F. I. Michelman, “Property as a Constitutional Right”, *Wash & L.L Rev.* 38 (1981) 1097-ss --éste es su artículo más famoso e innovador--; F. I. Michelman, “Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property” *Iowa. L. Rev.* 72 (1987) 1319-1350; y F. I. Michelman, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law”, *Harv. L. Rev.* 80 (1967) 1165-ss. Las críticas más contundentes a esta interpretación, “liberal” de la Constitución encuadrada en la Escuela de Chicago (Posner, Epstein, Coase, Sax, ...) parten del marco teórico de los *Critical Legal Studies*, ubicados sobre todo en la Universidad de Harvard, de los que ya hemos hablado en el primer capítulo del presente estudio. Allí nos remitimos y también a los trabajos de Duncan y David Kennedy que los describen y defienden (D. Kennedy (David), et al., “Critical Legal Theory”, en S. Tiefenbrun (ed.), *Law and the Arts*, (Westport, USA: Greenwood, 1999); D. Kennedy (Duncan), “Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies” en P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2. (Nueva York, USA: Stockton, 1998); D. Kennedy (Duncan), “Legal Education as Training for Hierarchy.” en D. Kairys (ed.), *Politics of Law: A Progressive Critique* 3ª ed. (Nueva York, USA: Basic Books, 1998); D. Kennedy (Duncan), “A Semiotics of Legal Argument” en S. Brewer (ed.), *Evolution and Revolution in Theories of Legal Reasoning: Nineteenth Century through the Present, The Philosophy of Legal Reasoning*, vol 4 (Nueva York, USA: Garland, 1998); y D. Kennedy (Duncan), *A Critique of Adjudication [fin de siècle]* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1997)).

<sup>2</sup> Vid.: R. Brauneis, “The Foundation of Our ‘Regulatory takings’ Jurisprudence”: The Myth and Meaning of Justice Holmes’s Opinion in *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*”, 106 (1996) 613-702; L. M. Friedman, “A Search for Seizure: *Pennsylvania Coal v. Mahon* in Context”, *Law & Hist. Rev.* 4 (1986) 1-ss; y E.F. Roberts, “Mining with Mr. Justice Holmes”, *Vand. L. Rev.* 39 (1986) 287-ss; y C. M. Rose, “Mahon Reconstructed: Why the Takings Issue Is Still a Muddle”, *S. Cal. L. Rev.* 57 (1984) 561-599.

Como en España, tampoco en Estados Unidos se ha resuelto el problema definitivamente. No existe una norma general que pueda indicarnos en qué caso estaremos ante una delimitación del derecho de propiedad que vaya tan lejos que suponga ya una “expropiación”, un *regulatory taking* --o como expresa el mismo juez Holmes en la sentencia *Pennsylvania Coal* no podemos saber de manera definitiva “*how far is too far*”<sup>3</sup>. La Corte Suprema norteamericana ha expuesto que debe decidirse *ad hoc*, caso por caso. Sin embargo, si se han ido, a lo largo de la jurisprudencia norteamericana, manifestando criterios y tests que podrán utilizarse en un futuro para identificar un *regulatory taking*. El profesor Michelman mantiene que en general no existe una solución, pero que de la jurisprudencia de la Corte Suprema sí puede extraerse que, a pesar de que en la mayoría de los casos ésta casi nunca ha reconocido que una regulación sea una expropiación, si que en su jurisprudencia se han establecido una serie de criterios que permitirán en un futuro ampliar la noción y los casos en que estaremos ante un *regulatory taking*<sup>4</sup>.

En España, esta distinción entre regulación y expropiación no es del todo resoluble, puede optarse por criterios formales, de relativa fácil aplicación al caso singular, pero que pugnan a menudo con la justicia material o, sustentar soluciones de carácter material que, aunque teóricamente más justas, hacen difícil su identificación en cada caso. En suma, la doctrina y la jurisprudencia tiene que acabar decidiéndose entre seguridad y certidumbre contra justicia material (Barnés Vázquez, 1995: 43)<sup>5</sup>.

Así, y a grandes rasgos, se afirma que respecto el derecho de propiedad pueden suceder tres cosas<sup>6</sup>: una, que el propietario se vea totalmente excluido de su bien, y en ese caso la doctrina y la

---

<sup>3</sup> Vid.: T. C. Grey, “Holmes and Legal Pragmatism”, *Stan. L. Rev.* 41 (1989) 787-ss; y E. Holmes, *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions*, Max Lerner ed. (Nueva York, USA: Modern Library, 1943).

<sup>4</sup> F. Michelman, “Takings” *Colum. L. Rev.* 88 (1988) 1600-ss.

<sup>5</sup> J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995).

<sup>6</sup> Respecto a la propiedad privada, claro está, pueden aparecer muchas otras restricciones a las que aquí no hacemos referencia porque entendemos que son fruto de la actuación “anormal” de la Administración. Por ejemplo, existen todos los casos sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración. La Ley de Expropiación Forzosa reconoce de forma general esta institución. Existen varios trabajos al respecto, algunos ya clásicos – como lo son los de Pantaleón y Martín Rebollo (L. Martín Rebollo, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, *RAP* 150 (1999))—y otros más recientes – Pantaleón (F. Pantaleón Prieto, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones Públicas”, en J.A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad*

jurisprudencia entienden, en la gran mayoría de los casos, que estamos ante una expropiación; la segunda es que se regule la propiedad de tal manera que el propietario sufra una serie de limitaciones graves pero sin que se vea excluido del todo del contenido económico de su propiedad, entonces, de acuerdo con la jurisprudencia española, casi nunca estamos ante una expropiación, sino ante una delimitación – “definición”-- del derecho de propiedad; o, la tercera cosa que puede suceder es que, el propietario siga siendo el titular de su bien pero que – como dice el profesor Fried (2001)<sup>7</sup>—las limitaciones que se impongan a su disfrute sean tan graves que no quede ya ninguna alternativa económica útil para el disfrute del bien – lo que el profesor Fried denomina “usted se queda con su propiedad y además le vamos a hacer un favor, le vamos a construir una autopista que pase por ella”. En este tercer supuesto estaríamos probablemente también ante una expropiación. Los tribunales españoles, sin embargo, no siempre lo han interpretado así. En cuanto al segundo supuesto, en los casos de regulación de la propiedad, Fried (2001), o Rey (1994)<sup>8</sup> han expresado que ni los mismos tribunales saben cuándo estamos ante una expropiación y cuándo ante una delimitación del derecho de propiedad. Rey escribe, en 1994, que es imposible diferenciar entre todos los casos entre limitación y delimitación del derecho de propiedad. Aquí lo intentamos. En estos capítulos describimos, a grandes rasgos, cuáles han sido los criterios generales utilizados por los tribunales españoles y norteamericanos – e indirectamente alemanes e italianos-- para distinguir entre expropiación – indemnizable-- y delimitación de derechos – no indemnizable. En los apartados que siguen fijaremos los criterios respecto cada tipo de propiedad en concreto.

La importancia de determinar la diferencia entre limitación indemnizable y delimitación de derechos no indemnizable está presente en la mayoría de estudios sobre derecho de propiedad – delimitación del derecho--, responsabilidad patrimonial de la Administración y expropiación pero este

---

*civil en el nuevo milenio* (Madrid: Dykinson, 2000)) y Mir Puigpelat (O. Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema* (Madrid: Civitas, 2002))– a los cuales nos remitimos (así como a las obras anteriores de estos autores y a las que los mismos citan en sus textos). A juicio de Pantaleón la cláusula del “funcionamiento normal de los servicios públicos” debe restringirse a los daños “cuasiexpropiatorios o de sacrificio”. El presente trabajo pretende centrarse en el funcionamiento “normal” de la Administración y del legislador, de manera que tan sólo se cuestionan las situaciones en que las restricciones a la propiedad se han impuesto a raíz de una planificación, de una ley o de un acto o norma administrativa.

<sup>7</sup> C. Fried, “Constitutional Law” (Class Lectures Materials, Harvard Law School, 2001-2002). Estos materiales no publicados pueden encontrarse grabados en cintas de vídeo – todas las clases– también en la Escuela de Derecho de Harvard.

<sup>8</sup> Fernando Rey Martínez, “Derecho de propiedad privada”, (Documento policopiado, Madrid, 2000).



es un importante problema que sigue vigente<sup>9</sup>. En el presente trabajo pretendemos ofrecer algunos criterios que permitan acercarnos a una respuesta un poco más duradera, o por lo menos, se intentan plantear y resolver cuestiones concretas que permitan en un futuro evitar la inseguridad que hasta el momento ha reinado en la resolución de este tipo de problemas, que en muchos casos, ni siquiera se han identificado, cuando hacerlo es de suma importancia.

No debe olvidarse, sin embargo, que tanto en España, como en Alemania e Italia, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, la expropiación, en un sentido estricto, debe obedecer a unos criterios formales, establecidos en una ley que la establezca<sup>10</sup>. En Estados Unidos, estos requisitos formales se han obviado en algunas ocasiones como sucede en los casos de *regulatory takings*<sup>11</sup>. De este modo,

---

<sup>9</sup> El profesor García de Enterría apunta que desde la aprobación de la Constitución, y en concreto de los artículos 33 y 53.1 CE, existen tres cuestiones planteadas en la jurisprudencia constitucional: La primera, cuándo una intervención legislativa sobre la propiedad puede calificarse como una expropiación forzosa y no como una mera delimitación de su contenido de acuerdo con el art. 33.2 CE. La segunda, es cuál es el alcance del control por vía de constitucionalidad de la utilidad pública o interés social como causas legitimadoras de la expropiación. Y en tercer lugar, como debe valorarse la extensión de la indemnización expropiatoria cuando estemos ante una expropiación legislativa inequívoca y si la previsión de esa indemnización puede condicionar la constitucionalidad de la ley expropiatoria (E. García de Enterría, "Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas", *RAP* 141 (1996) 132). Barnes Vázquez, por otro lado, y entre muchos otros escribe: "En tal contexto, parece bien difícil y complejo el deslinde entre una y otra figura (refiriéndose a la expropiación y la delimitación de la propiedad), hasta el punto de que constituye el problema dogmático más importante, quizás también el desafío más apasionante. Y acaso no sea del todo resoluble" (J. Barnes Vázquez, "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978", en J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 25-66, 43).

<sup>10</sup> Esta afirmación no está directamente aceptada por la totalidad de la doctrina. La mayoría sí que reconoce que existe un problema para determinar cuándo una regulación es excesiva, pero seguidamente, algunos autores, como por ejemplo Barnes Vázquez, parece que asuman que estas regulaciones puedan convertirse automáticamente en una expropiación: "El problema surge precisamente por el flanco más peligroso, el de la fijación general y abstracta de las facultades y deberes que integran el derecho, pues es ahí donde el legislador debe establecer por hipótesis deberes o restricciones tan gravosas que no queden ya amparadas en la función social, por superar el límite de lo razonablemente tolerable o exigible, o, si se quiere, la frontera de la rentabilidad del derecho. Tal menoscabo no podría ser tachado sin más de inconstitucional, aunque sí de expropiatorio y, por tanto, de indemnizable" (J. Barnes Vázquez, "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978", en J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 25-66, 43). En el presente texto se defiende que este tipo de regulaciones "excesivas" deben calificarse de inconstitucionales en todo caso, y si se otorgase una indemnización ésta no podría ser calificada de expropiatoria, sino de compensación "equiparadora" tal y como ocurre en Alemania. En Estados Unidos sí puede convertir una regulación excesiva en un *regulatory taking*, en una expropiación, en España, sin embargo, los requisitos formales de la garantía expropiatoria lo impiden. Por último debemos precisar que Barnes Vázquez matiza su postura en las líneas siguientes y exige a este tipo de leyes todas las garantías de la expropiación, con lo que aquí sí, coincidimos.

<sup>11</sup> Vid.: G.S. Alexander, "Takings, Narratives and Power", *Colum. L. Rev.* 88 (1988) 1752-1773; G.S. Alexander, "Ten Years of Takings", *Journal of Legal Education* 46 (1996) 586-595; S. J. Eagle, *Regulatory takings* (Charlottesville, USA: Michie Company, 1996); R. A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent domain* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985); J.E. Fee, "Unearthing the Denominator in Regulatory taking Claims", *U. Chi. L. Rev.* 61 (1994) 1535-1563; W. A. Fischel, *Regulatory takings: Law, Economics, and Politics* (Cambridge, USA: Harvard University

mientras que en la Europa continental la expropiación no se entiende si no es a partir de un proceso formal, garantista, en Estados Unidos puede darse la expropiación sin que se haya declarado así en un inicio. Esto, de todos modos no es ni tan sencillo ni tan claro. Si bien es cierto que en la Europa continental, en los tres países a los que hacemos referencia, no puede darse la expropiación si no es a través y a partir de un procedimiento expropiatorio, establecido como tal en una ley que se aplica al caso concreto – directa o indirectamente-, existen determinadas situaciones sin resolver que deben aclararse, que es lo que pretendemos en este estudio.

La investigación aquí realizada intenta resolver, no qué es la expropiación formal en general, que de momento entendemos que es bastante clara – o por lo menos no la consideramos objeto del presente estudio—sino aquellos casos en que la regulación de la propiedad, su delimitación, ha ido tan lejos que si estuviéramos en Estados Unidos se consideraría expropiación, un *regulatory taking*. En España, como en Alemania o Italia, la solución en estos casos ha sido declarar la ley “que ha ido demasiado lejos” inconstitucional; o sino, se han planteado soluciones como la siguiente: Se ha considerado que en general la ley, si es el caso, es constitucional, pero que en base al principio de proporcionalidad – en la mayoría de los supuestos—deberá indemnizarse a determinados propietarios que: o han visto anulado cualquier derecho de disfrute de manera singular de su propiedad, o que han sufrido de forma especialmente grave una regulación<sup>12</sup>. Ahora bien, debe destacarse que en estos supuestos las cortes constitucionales de estos países europeos, entre ellos la española, no ha considerado que estemos ante una expropiación – en gran parte de los casos. Simplemente se ha declarado que en base a ese principio de proporcionalidad debía indemnizarse – pero sin que se identifique como una

---

Press, 1995); F. I. Michelman, “Property as a Constitutional Right”, *Wash & L.L. Rev.* 38 (1981) 1097-ss; G. Minda, “The Dilemmas of Property and Sovereignty in the Postmodern Era: The Regulatory takings Problem”, *U. Color. L. Rev.* 62 (1991) 599-636; J. Paul, “The Hidden Structure of Takings Law”, *S. Cal. L. Rev.* 64 (1991) 1393-1548; C. A. Peterson, “Land Use Regulatory “Takings” Revisited: The New Supreme Court Approaches”, *Hastings L.J.* 39 (1988) 335-ss; M. J. Radin, “The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings”, *Colum. L. Rev.* 88 (1988) 1167-ss; J. L. Sax, “Takings, Private Property and Public Rights”, *Yale L.J.* 81 (1971) 149-ss; J. W. Singer, *Property Law, Rules and Practices* (Boston, USA: Little, Brown & Co., 1993); L. J. Strahilevitz, “When the Taking Itself is Just Compensation: *Sullivan v. City of Oklahoma City*, 940 P.2d 220 (Okla. 1997)”, *Yale L. J.* 107 (1998) 1975-1980; W. M. Treanor, “The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process”, *Colum. L. Rev.* 95 (1995) 785-887; y L. Wenar, “The Concept of Property and the Takings Clause”, *Colum. L. Rev.* 97 (1997) 1923-ss. Estos trabajos a los que hacemos referencia aquí, son tan sólo una mínima muestra del debate que se ha creado en Estados Unidos sobre el concepto de regulatory takings entre los profesores de derecho constitucional de las distintas escuelas.

<sup>12</sup> Por no mencionar las soluciones heterogéneas y nada claras ofrecidas en las sentencias sobre la Ley de Aguas –anterior a la actual-- y la Ley de Costas (SSTC 228/1984 y 149/1991 respectivamente).

indemnización fruto de una expropiación. Los requisitos formales de la expropiación no se han aplicado. El nombre pues, es distinto, pero en realidad las soluciones que se han adoptado en estos países europeos, podemos afirmar, se parecen mucho a la noción de *regulatory takings*.

¿Porqué no llamarlos así? Porque en España, como en Alemania o Italia, la expropiación debe ir acompañada de unos requisitos formales de acuerdo con la ley. Además, en algunas ocasiones lo que han dictado los tribunales constitucionales ha sido: la ley es constitucional, pero para determinados casos, que la misma sentencia enumera, deberá aplicarse el procedimiento expropiatorio establecido en la ley. En definitiva, estamos ante un problema de suma importancia, nada claro y poco resuelto en nuestro ordenamiento, mientras que en Alemania, y sobre todo en Estados Unidos, se han ofrecido ya una serie de soluciones, que si bien no son definitivas, pueden ayudar a resolver este problema tan singular y complejo.

**1. 2. LA EXPROPIACIÓN COMO GARANTÍA DE PROCEDIMIENTO EN ESPAÑA.  
¿CUÁNDO ESTAMOS ANTE UNA EXPROPIACIÓN FORZOSA QUE DEBE  
INDEMNIZARSE Y CUÁNDO ANTE UNA LIMITACIÓN DE DERECHOS QUE NO  
IMPLICA INDEMNIZACIÓN PORQUE SE CONSIDERA UNA DELIMITACIÓN DEL  
DERECHO DE PROPIEDAD?**

*(i) Introducción.*

La garantía de la propiedad no es ni puede equiparse a la garantía de su equivalente económico. La propietaria tiene derecho a su propiedad como tal y no a su compensación justa o a su indemnización. Cosa distinta es que pueda darse la expropiación, pero ello no reduce el derecho de propiedad a un derecho a su equivalente económico. El derecho de propiedad puede “convertirse” en su equivalente económico, es cierto, pero ello sólo sucederá cuando se den cada uno de los requisitos constitucionales de la garantía expropiatoria que no son pocos. La mera concurrencia de la indemnización, como se verá a continuación, no implica que el derecho de propiedad quede

garantizado<sup>13</sup>.

En la presente investigación, como ya se ha enunciado, lo que se intenta resolver es hasta dónde puede llegar la regulación de la propiedad, la actuación de los poderes públicos, sin que ésta se considere inconstitucional. Es decir, hasta dónde puede llegar la delimitación de la propiedad, *how far is too far*, sin que los límites que se impongan a ésta sean más propios de la figura de la expropiación que de la regulación de la propiedad, sin que se dé, si estuviéramos en Estados Unidos, un *regulatory taking*; sin que se considere, en el caso de España y Alemania, la actuación o la norma inconstitucional. Ya hemos avanzado que una regulación de la propiedad en España si es excesiva no puede convertirse en una expropiación, en un *regulatory taking*. Ello ocurre porque en nuestro país, como en Italia y Alemania, la figura de la expropiación es una garantía – aparte de un instrumento para los poderes públicos— que debe ir acompañada de unos requisitos formales. A continuación se analiza brevemente las características y requisitos de la expropiación en los dos países objeto de estudio, España y Estados Unidos, e indirectamente y de forma más breve, por su influencia sobre la jurisprudencia española, en Italia y Alemania, con el fin de distinguirla de la regulación de la propiedad.

(ii) *La garantía expropiatoria en España.*

En España, como en Alemania e Italia, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, y con la de la Ley de Expropiación Forzosa de 1959 – en adelante “LEF”--, la expropiación es, a grandes rasgos, la privación total o parcial, de bienes, derechos o intereses legítimos realizada de acuerdo con la ley por causa – *causa expropriandi*-- de utilidad pública o interés social. Ésta deberá ir acompañada, en todo caso, de una indemnización (STC 227/1988, FJ 11)<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> En este aspecto coincidimos con el profesor italiano Domenico Sorace y con jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana cuando afirma que la simple indemnización no implica que queden garantizados los intereses patrimoniales (D. Sorace, “Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell’affidamento, esigenze risarcitorie e problemi nella rendita urbana”, *Rivista Critica di Diritto Privato* 3 (1989) 410-412).

<sup>14</sup> El Tribunal Constitucional exactamente la define como: “la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o

En España la figura de los *regulatory takings* no puede darse porque la expropiación es una garantía también de procedimiento. La expropiación debe ser formal, debe adecuarse a la ley. En la sentencia 6/1991, sobre el caso Rumasa, el Tribunal Constitucional manifiesta que es el legislador el que determinará cuándo se da la expropiación, en qué circunstancias, cuál es la *causa expropriandi* y, más concretamente, como se ve delimitado el contenido esencial del derecho de propiedad en relación a la expropiación. Todo ello --la expropiación, la determinación de la *causa expropriandi*, la delimitación de la propiedad,... -- debe realizarse de acuerdo con la Constitución, y en concreto con el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional además precisa que será éste el que controlará la constitucionalidad de la actuación del legislador.

La expropiación es, en definitiva, una garantía y un “instrumento al servicio de los poderes públicos” como han señalado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, que se da porque el derecho de propiedad es un derecho peculiar que queda expuesto a su “sacrificio” – o más bien “transformación”, opinamos nosotros, aunque transformación sacrificada-- en aras de la utilidad pública o el interés social. Esto, como apunta Díez-Picazo, no ocurre con otros tipos de derechos reconocidos en la Constitución, “que no ceden nunca ante la utilidad pública o del interés social”, mientras que el derecho de propiedad sí puede decaer (1991: 1268)<sup>15</sup>.

En suma, el “sacrificio” del derecho de propiedad sólo podrá producirse si concurren las circunstancias que establece el artículo 33.3 de la Constitución que reconoce la *garantía expropriatoria*. Esta garantía no es la primera vez que se encuentra regulada en una Constitución española. Desde la Constitución de 1812 se establece ésta en las constituciones españolas. La Constitución de 1978, así como la de 1876 y la de 1931, no exige la intervención de la autoridad judicial para fijar la indemnización y para que se lleve a cabo la transferencia de la propiedad. El artículo 33 de la Constitución de 1978, en cambio, permite ambos modelos --el *judicialista* y el *administrativista*-- siendo este último el que se acaba recogiendo la legislación actual --sin perjuicio del control judicial que puede realizarse ante la actuación expropriatoria de las Administraciones.

---

interés social” (STC 227/1988, FJ 11).

<sup>15</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*.

*(iii) La debilitación de la figura expropiatoria plasmada en las expropiaciones legislativas singulares.*

El Tribunal Constitucional, como ocurre en Alemania, incluso ha permitido, y admitido, la expropiación legislativa singular<sup>16</sup> y directa dispensando excepcionalmente el procedimiento administrativo “en aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad” (STC 166/1986, también sobre la Ley de expropiación de Rumasa)<sup>17</sup>. En Alemania, para este tipo de expropiaciones legislativas se exige, cuando la ley es recurrida ante el Tribunal Constitucional Federal, un tipo de escrutinio más estricto que analice si verdaderamente se daba esta situación “excepcional” de manera que quede justificada la reducción de la tutela judicial efectiva<sup>18</sup>. Entendemos, aunque no se haya afirmado directamente por parte del Tribunal Constitucional español, que en nuestro país deben concurrir las mismas exigencias. Es más, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se extrae que éste ha admitido las expropiaciones legislativas singulares de manera excepcional y a raíz de una situación que califica de grave y especial pero recuerda que normalmente este tipo de expropiación debería evitarse por más que el derecho a la tutela judicial efectiva se considere garantizado – falla el Alto Tribunal-- por el hecho de que el propietario

---

*Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

<sup>16</sup> El Tribunal Constitucional mantiene que mientras la expropiación sea proporcional y no se afecten los intereses ya descritos ésta será constitucional por más que se haga a través de una ley singular: “lo que se cuestiona es que se haya justificado la concurrencia de aquella utilidad pública en la ocupación, y consiguiente expropiación, de todos los bienes de las sociedades del Grupo Rumasa, manteniendo, a tal efecto, la necesidad de que la especificación de la causa expropiandi sea proporcionada a los fines de la expropiación, ya que, si no lo fuera, habría que declarar inconstitucional y nula de pleno derecho la expropiación realizada” (FJ 5) (STC 6/1991, FJ 7).

<sup>17</sup> Las sentencias del Tribunal Constitucional que analizan en profundidad las expropiaciones legislativas singulares son: SSTC 111/1983, 166/1986, 67/1988 y 6/1991. El presente texto entiende que las sentencias sobre el caso Rumasa SA no fueron en absoluto “revolucionarias” y ni siquiera oportunas desde el punto de vista del análisis jurídico. El problema Rumasa SA sobre todo giraba alrededor del tema del procedimiento expropiatorio, la reserva de ley respecto a éste y la expropiación a través de una ley singular. Estos casos afectaron profundamente la propiedad privada, su concepción, e indirectamente supusieron una devaluación de las garantías de la propiedad privada --y también de la tutela judicial efectiva.

<sup>18</sup> Vean el apartado que sigue sobre Alemania y la expropiación legislativa singular.

afectado tenga la posibilidad de pedir a la juez que pida la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (STC 6/1991, FJ 7)<sup>19</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional (STC 166/1986, también sobre la Ley de expropiación de Rumasa) ha sido intensamente criticada por la doctrina<sup>20</sup>. En la misma decisión, el voto particular que la acompaña, ya denuncia que una expropiación realizada en estos términos reduce notablemente las garantías jurisdiccionales del afectado, por la imposibilidad de atacar una ley ante los Tribunales, y que por lo tanto, debería haber sido declarada inconstitucional. Lo mismo sucede con la creación de Parques naturales a través de una Ley. Con éstas se protege el medio ambiente, sí, pero los derechos de los propietarios, de los “empresarios”, y en especial la tutela judicial efectiva, se ven postergados. Lo cierto es que en España, como en Alemania e Italia, la expropiación debe ir acompañada de unos requisitos formales.

Siguiendo con la expropiación legislativa singular la sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986 (FJ 13) precisa que la Constitución no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la Administración, ni de los reglamentos. A su entender, las expropiaciones *ope legis* son legítimas siempre y cuando estas expropiaciones contengan los mismos criterios de razonabilidad y

---

<sup>19</sup> En la sentencia STC 6/1991 el Tribunal Constitucional vuelve a ocuparse de la constitucionalidad de la Ley 7/1983, de 29 de junio, sobre expropiación del grupo Rumasa, esta vez a consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por la AP Madrid (sección 7), respecto de los artículos 1 y 2 de la Ley por posible vulneración de los artículos 14 y 33.3 CE. El Tribunal Constitucional declara que los artículos no vulneran la Constitución. De la sentencia puede extraerse lo siguiente respecto la propiedad financiera: En este caso el orden y la estabilidad financiera son parte de la función social de este tipo de propiedades. Es decir, este tipo de propiedades deben disfrutarse de manera que no perjudiquen a este orden y a la estabilidad, de modo que si no se respeta (en alto grado se entiende) este tipo de propiedades pueden ser expropiadas. Los intereses de otros propietarios también forman parte de este tipo de propiedad (de los trabajadores y accionistas, se entiende que accionistas minoritarios). La duda le surge a la AP en este sentido: para respetar el artículo 33.3 de la Constitución, no basta con la mera declaración formal de utilidad pública o interés social, sino que es preciso que esa declaración en abstracto se justifique en el caso concreto, lo que en los autos interdictales en forma alguna justificado: “El artículo 1 de la Ley 7/1983, declaró de utilidad pública e interés social la garantía de “la estabilidad del sistema financiero y los intereses legítimos de depositantes, trabajadores y terceros”. Amparándose en esa utilidad pública la Ley establecía la expropiación de la totalidad de las acciones o participaciones sociales... de Rumasa con lo cual la Administración del Estado adquiriría todos estos bienes (STC 6/1991, FJ 7, que a su vez cita las sentencias SSTC 111/1983 y 166/1986).

<sup>20</sup> La gran mayoría de autores citados en la bibliografía, a los que nos remitimos, critican las decisiones constitucionales sobre el caso Rumasa, quizás las críticas más intensas se encuentran en los textos de: E. García de Enterría, “Las garantías de la expropiación forzosa según el Derecho Europeo”, *Documentación Administrativa* 222 (1990), J. R. Parada, “El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1270-ss; J. R. Parada, “Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas”, *RAP* 100-102 (1983) y F. Rey Martínez, “Derecho de propiedad privada”, (Documento policopiado, Madrid, 2000).

proporcionalidad y que respeten las garantías del artículo 33.3 de la Constitución (FJ 13)<sup>21</sup>. La inexistencia de recursos directos que el expropiado podría utilizar ante una expropiación a través de una norma sin rango de ley, continúa el Tribunal, no implica vulneración del principio de igualdad ya que en el caso de las expropiaciones *ope legis* la persona expropiada puede solicitar al juez que presente una cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de su derecho a la igualdad y en el caso que esta cuestión no fuese presentada el propietario expropiado podrá presentar, ya sí, el mismo, un recurso de amparo por posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (166/1986, FJ 13).

Parada desgrana las posibles causas de inconstitucionalidad de este tipo de leyes – que como en este caso pretenden “desmantelar” una sociedad de un empresario conflictivo-- pero no por ello, a su juicio, desprovisto de titularidad respecto los derechos fundamentales. Estas leyes, escribe Parada, con quién coincidimos por el momento, no tienen una previsión constitucional expresa, violan las reglas constitucionales de distribución de competencias entre los distintos órganos, el legislador no tiene la competencia para realizar expropiaciones, omite el trámite esencial de previa audiencia del ciudadano interesado y dejan al afectado sin su derecho a la tutela judicial efectiva, sin su derecho a defenderse judicialmente de manera efectiva (Parada, 1991: 624-630). El Tribunal Constitucional en las conflictivas sentencias sobre el caso del grupo Rumasa SA ha declarado constitucionales las expropiaciones legislativas singulares<sup>22</sup>. Por otro lado, el Alto Tribunal entiende que el derecho de propiedad es un derecho que configura el legislador pero que existe un mínimo, fijado en la

---

<sup>21</sup> El Tribunal Constitucional entiende que el legislador puede fijar la expropiación de manera concreta: “ninguna objeción constitucional en sí misma considerada puede merecer la posibilidad de que el legislador declare la utilidad pública e interés social de ciertos fines a los efectos expropiatorios de determinados bienes y derechos...” (FJ 6). Es decir, la singularidad de esa declaración es constitucional también se puede realizar en concreto. En conclusión, mientras se den las condiciones de la expropiación – causa expropiandi, interés general,...-- la expropiación será constitucional: “... en la medida, pues, en que la expropiación esté fundada en un fin público o social, ninguna lesión del contenido esencial del derecho de propiedad se producirá, ya que ese contenido no exige, ni conlleva, ineludiblemente, el que la declaración de utilidad pública o interés social se encuentre previa y genéricamente amparada en una Ley general que contenga...” (FJ 7). Por ello, corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes y, consecuentemente apreciar también las exigencias dimanantes de las necesidades colectivas que imponen la conversión de la propiedad en un equivalente económico por medio de la expropiación forzosa, sin que, no obstante ello suponga una exención alguna del control que respecto de tales decisiones puedan corresponder al Tribunal (FJ 7) (STC 6/1991, FJ 7).

<sup>22</sup> Debe recordarse aquí que el Gobierno español no firmó en 1952, el Protocolo adicional número 1, artículo, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre propiedad privada..



Constitución, que el legislador deberá respetar<sup>23</sup>.

Autores, como Bermejo (1990)<sup>24</sup> y Parada (1991)<sup>25</sup> denuncian que el instituto expropiatorio se ha ido devaluando hasta el punto que hoy el procedimiento de urgencia – avalado a partir de la Ley de 1954 – prevalece frente al ordinario, y ello significa que el pago del justiprecio no se realiza hasta después de la ocupación de los bienes y que el control del juez civil se ha sustituido, a su entender, por el Jurado de expropiación, en un primer momento. Si a ello se añade que el Tribunal Constitucional ha confirmado la expropiación a través de Decreto-ley (casos Rumasa SA), según estos autores, la figura de la garantía expropiatoria, así como el derecho de propiedad, se han visto seriamente degradadas. Nosotros no creemos que sea exactamente así.

El procedimiento legal en la expropiación es una garantía que se establece en beneficio de los ciudadanos y tiene por objeto proteger sus derechos de igualdad y seguridad jurídica para evitar así expropiación discriminatorias o arbitrarias (STC 166/1986, FJ 13). El artículo 33 de la Constitución establece que el procedimiento expropiatorio debe realizarse “de conformidad con lo dispuesto por las leyes”. Por ello se entiende que la legalidad del procedimiento garantiza los intereses del expropiado<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Ahora bien, por otro lado el Tribunal Constitucional matiza, que las expropiación legislativas singulares pueden darse, sí, si se dan todas las garantías, pero ello sólo está permitido de manera excepcional. En este caso como la norma se “tolera” porque se dictó para proteger el orden económico financiero (interés público) y también a otros propietarios-particulares (accionistas-trabajadores,...) (interés particular), en un momento en que las actuaciones del Sr. Ruiz Mateos amenazaban este orden a raíz de que no existía una legislación adecuada que lo regulara y limitara: “caso singular que atiende a una situación extraordinaria de grave incidencia en el interés de la comunidad, comprometiendo por el riesgo de la estabilidad del sistema financiero y la preservación de otros intereses, que reclamaron, junto a una acción inmediata que no podía posponerse a la utilización de mecanismos legislativos ordinarios, la actuación global de la técnica expropiatoria...” la excepcionalidad de la situación creada, comprometedor del sistema financiero,...” objetiva razonabilidad y proporcionalidad de la singularidad de la expropiación, así como de su causa expropiandi...” (SSTC 111/1983 y 166/1986)” (STC 6/1991, FJ 7).

<sup>24</sup> J. Bermejo, “Las técnicas de reducción del contenido del derecho de propiedad y las especialidades expropiatorias sectoriales: supuestos que aconsejan la revisión normativa vigente”, *Documentación Administrativa* 222 (1990) 169-ss.

<sup>25</sup> J. R. Parada, “El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1270-ss.

<sup>26</sup> Barnés Vázquez enumera respecto al derecho de expropiación tres garantías, la de la causa expropiandi o causa de interés general, la indemnizatoria y la procedimental. En cuanto a ésta última escribe que la Constitución exige un procedimiento administrativo – reservado a la ley – que permita asegurar no sólo el acierto y razonabilidad en la decisión, sino también las garantías del propietario afectado, como la audiencia. La garantía del procedimiento legalmente establecido está ideada para la expropiación clásica, la administrativa, pero resulta exigible también, con lo que nosotros no podríamos estar más de acuerdo, en la expropiación legislativa. La garantía procedimental es una garantía sustantiva del Estado de Derecho. Todo ello queda menoscabado cuando el legislador actúa a la vez de legislador y de “Administración” quebrando la tutela judicial efectiva. “Ciertamente la delimitación del contenido dominical con efecto o impacto materialmente expropiatorio por

La legalidad se conforma en beneficio de las personas [...] estableciendo el respeto y sumisión a normas generales de procedimiento legalmente preestablecidas [...]” (STC 166/1986, FJ 13). El procedimiento expropiatorio se exige en España siempre que se quiera adquirir una propiedad por parte de los poderes públicos. Por ello no están permitidas las compras forzosas, ya que se entiende que el procedimiento en si mismo otorga unas garantías al propietario que no pueden ser eludidas (sentencia de 4 de julio de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) sobre el caso de la finca de propiedad agraria en el monte de Valdemoros que delimita con un parque natural en que los jabalís y los ciervos del parque se comen cultivos del propietario vecino y en la que la Administración propone la compra forzosa de tales fincas).

En definitiva, lo realmente importante, es, como señala Díez-Picazo, con quien coincidimos, delimitar el hecho expropiatorio (1991: 1268). Nosotros afirmamos sin embargo que, por más que el Tribunal Constitucional haya manifestado -- STC 111/1983--que el derecho de propiedad es un derecho debilitado (“Esto es, como un derecho subjetivo debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en su equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el art. 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación” (FJ 8))-- la figura de la expropiación no convierte ni anula el contenido esencial del derecho de propiedad.

---

desbordar el contenido esencial del derecho, que de ordinario no se traduce en la entera privación del bien ni en su transferencia o destino a un fin de interés general (i.e.: La prórroga forzosa unida a la congelación de rentas durante un largo período de tiempo, la imposición de una servidumbre legal de paso que impusiera todo aprovechamiento o utilidad privada a una porción de un predio colindante con el demanio marítimo-terrestre; etc.), no puede parecer estar sujeta necesariamente a la garantía del procedimiento entendida en sentido clásico (sí, en cambio, a la de los fines y a la indemnización). Sin embargo, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)—que puede padecer en este supuesto más que en los demás, habida cuenta de que no se produce la privación a través de un procedimiento formalizado solemne, sino que tan sólo es conocido por sus efectos materiales o sustantivos, puesto que tampoco supone la transferencia del bien — demanda que el legislador se pronuncie por la indemnizabilidad de aquellas privaciones que se contengan en el estatuto dominical, sin dejarlo al albur de lo que puedan decidir, en su caso, los tribunales ordinarios” (J. Barnes Vázquez, “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 25-66, 56). Nos perdonarán por esta transcripción tan extensa del texto de Barnes Vázquez pero hemos creído necesario hacerlo para no confundir al lector. Respecto a estas afirmaciones del autor, que nosotros en absoluto compartimos, opinamos que este tipo de leyes materialmente expropiatorias no son posibles en nuestro ordenamiento. Estaríamos hablando de regulatory takings si no. La garantía procedimental para la expropiación no permite este tipo de expropiaciones en España. Este tipo de leyes debería n: o bien declararse inconstitucionales, por desproporcionadas, o como mucho, el Tribunal Constitucional podría establecer para determinados casos, y siendo muy intervencionista, un compensación, no expropiatoria, equiparadora, en base al principio de proporcionalidad tal y como se hace en Alemania.

*(iv) La delimitación del hecho expropiatorio.*

En 1988, el Tribunal Constitucional siguiendo una línea a “subjetivista”, establece que para que se aplique la garantía expropiatoria, del artículo 33.3 CE, es necesario que: “concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesta a uno o varios sujetos” (STC 227/1988, FJ 11). La expropiación se diferencia de este modo de los límites que en virtud del principio de la función social, pueden imponerse al derecho de propiedad. Por ello es imprescindible determinar antes, como se ha hecho ya, cuál es el contenido esencial de la propiedad “pues sólo una vez establecido será posible deslindar los supuestos de intervención legislativa delimitadores y conformadores del derecho, que no pueden desconocer su contenido esencial, de aquellos otros que constituyen una privación del derecho (expropiación) o una trasgresión de la propia Constitución” (1997: 529)<sup>27</sup>. El presente estudio pretende descifrar cuales son los criterios utilizados por los tribunales para determinarlas, señalando las grandes líneas interpretativas seguidas por los tribunales en este sentido. Así, una de las sentencias del Tribunal Constitucional que más lejos llega en la definición de expropiación es la 166/1986, de 19 de diciembre, también sobre el caso Rumasa, que responde a una cuestión de inconstitucionalidad. En ella el Tribunal Constitucional define el concepto de derecho subjetivo de propiedad privada y su alcance. Este derecho, manifiesta el Alto Tribunal, y refiriéndose también a la expropiación, sólo alcanza hasta el contenido económico. Primero el Tribunal dispone que la expropiación forzosa puede aplicarse a todo tipo de derechos e intereses patrimoniales; en segundo término aclara que el destino que se dé a la cosa expropiada no es relevante, pueden ser diversos dentro de unos objetivos generales establecidos en la ley, siempre que sean constitucionales y finalmente manifiesta que la expropiación es una garantía procedimental legal y que su objeto es proteger la igualdad y la seguridad jurídica (166/1986, FJ 13).

Coincidiendo con estas afirmaciones de la sentencia del Tribunal Constitucional (STC 166/1986, FJ 13), y con Díez-Picazo (“lo importante es definir el hecho expropiatorio”) afirmamos que en primer término la expropiación es una garantía – como en Alemania e Italia—procedimental legal y en ello nos centraremos en primer término.

---

<sup>27</sup> A.E. Pérez Luño, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997).

En España la definición legal de expropiación, a través de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1959, – en adelante “LEF”-- ha reducido en cierta medida el debate sobre lo qué es la expropiación forzosa ya que ésta ofrece, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, una definición legal del concepto de expropiación. El artículo 1.1 de la LEF establece que “Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier norma de privación singular de la propiedad privada o de sus derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio” (Hoy, la referencia al Fuero de los Españoles debe considerarse sustituida actualmente por la Constitución, por el artículo 33.3 CE (Martín Rebollo, 2000: Nota a artículo 1.1. LEF<sup>28</sup>).

La LEF de 1954 fue en su momento una ley innovadora que, junto a las otras leyes que se redactaron en aquel entonces<sup>29</sup>, supuso una de las bases del Derecho Administrativo actual, siendo conscientes, claro está, que poco Derecho Administrativo podía existir en un Estado en el que no se reconocían los derechos fundamentales (García de Enterría, 2001: 252)<sup>30</sup>. Esta Ley, todavía vigente hoy, a pesar de que ya se empieza a hablar de reforma<sup>31</sup>, fue modernizadora en los siguientes aspectos, entre muchos otros<sup>32</sup>: La LEF de 1954 introduce un nuevo concepto general de expropiación, que a juicio de García de Enterría, ha permitido el funcionamiento general de la Ley sin necesidad de tener que estar dictando Leyes específicas para cada uno de los casos concretos en que la expropiación deba aplicarse (2001: 255). Esto sigue vigente hoy, por lo tanto, se entiende que es suficiente que una Ley,

---

<sup>28</sup> L. Martín Rebollo (ed.), *Leyes Administrativas* (Pamplona: Aranzadi Editorial, 2000).

<sup>29</sup> Nos referimos a la Ley de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, de 26 de diciembre de 1956; la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, y a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

<sup>30</sup> E. García de Enterría, “La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después”, *RAP* 1561 (2001) 251-268.

<sup>31</sup> E. García de Enterría comenta en la ponencia que dio en el Curso de Verano de la Universidad Complutense en el Escorial –que a su vez está publicada en la RAP en el artículo que ya hemos citado de 2001-- que el Subsecretario de Justicia, Ignacio Aldecoa, había informado de que el Ministerio de Justicia había canalizado una propuesta, en un inicio del Ministerio de Hacienda, hacia la Comisión General de Codificación en este sentido. El Secretario General Técnico del Ministerio de Hacienda, Francisco Uría, comentó asimismo en las mismas ponencias que la pretendida reforma iba a ser más de carácter procedimental que sustantivo (2001: 256).

<sup>32</sup> Para un análisis más extenso vean el texto de García de Enterría así como las demás ponencias que se efectuaron en el mencionado curso de la Universidad Complutense (2001).

sobre aguas por ejemplo, indique que cabrá la expropiación para los casos A y B de acuerdo con la Ley, general, de Expropiación. La LEF de 1959 asimismo mejoró el procedimiento expropiatorio y mantuvo el principio de reserva de Ley para definir las causas de utilidad pública que pueden beneficiarse de la expropiación<sup>33</sup>.

Ahora bien, una cosa es que se dé una regulación general, como ocurre con la Ley de aguas, que sea tan grave que en algunos casos concretos, singulares y en su aplicación puedan llevar a que se considere expropiación - o mejor dicho: una regulación inconstitucional por excesiva--; y otra es, como ha sido definido el concepto de expropiación por parte del legislador. El artículo 1.1. LEF incluye dentro del objeto de expropiación: El derecho de propiedad privada, el resto de derechos patrimoniales y los intereses patrimoniales legítimos. La Ley además establece como criterio de la expropiación: el de la privación singular. El problema radica a juicio de T.R. Fernández y García de Enterría en determinar no si se pueden sacrificar derechos si no si su sacrificio debe ser indemnizado o no (2000: 230)<sup>34</sup>. Nosotros entendemos que los derechos patrimoniales no siempre pueden sacrificarse. Estos dos autores, así como gran parte de la doctrina, apuntan que a pesar de que la idea de expropiación suponga un ataque singular a la propiedad, y que puede existir una distinción entre un ataque singular y uno general, señalan que esta distinción del sacrificio singular falla como criterio técnico absoluto de aplicación, proponiendo, como criterios preferentes de la expropiación, el del respeto o vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad<sup>35</sup>. Asimismo, consideran importante otro criterio empleado con gran entusiasmo en Estados Unidos<sup>36</sup>, aunque en otro sentido como se verá, que es el de fijar la existencia o inexistencia de un beneficiario a raíz de la intervención pública (2000: 241-242). En su opinión, debe haber un enriquecimiento a favor de un beneficiario o de una suma de ellos. Ambos

<sup>33</sup> Por último queremos destacar por su importancia, aunque no esté tan vinculado con nuestro objeto de investigación, que la LEF introdujo el principio de la responsabilidad de la Administración.

<sup>34</sup> E. García de Enterría y T.R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo I y II 10ª ed. (Madrid: Civitas, 2000).

<sup>35</sup> También Villar Palasí, Martín Mateo y Barnés han renunciado este criterio formal de la *Einzelaktstheorie* y defienden la aplicación de criterios materiales para distinguir una delimitación del derecho de propiedad de una expropiación (J.L. Villar Palasí, "Justo precio y transferencias coactivas", *RAP* (1955): 14-21; R. Martín Mateo, "El estatuto de la propiedad inmobiliaria", *RAP* 52 (1967); y J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995)). Nosotros analizamos todos los criterios existentes y ofrecemos una crítica a éstos en los apartados que siguen de manera más extensa.

<sup>36</sup> Vean el apartado sobre Estados Unidos.

autores precisan que si no hay beneficiario, no hay expropiación sino actos de poder que no generan un deber de indemnizar (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2002: 241-244).

Estos autores denuncian que la LEF recibe la teoría del acto singular, justo cuando en Alemania<sup>37</sup> ya se había abandonado (2000: 241-242)<sup>38</sup>. Mir Puigpelat (2001)<sup>39</sup> y (2002: 97) entiende, aunque el mismo autor lo matiza (2002: 100)<sup>40</sup>, que el criterio manejado por el Tribunal Constitucional es el del contenido esencial del derecho de propiedad y apunta que García de Enterría sigue, a grandes rasgos, también este criterio (García de Enterría, 1996: 136-137)<sup>41</sup>. Nosotros opinamos que en realidad esto no ocurre, que el Tribunal Constitucional en cada caso, en cada tipo de derecho de propiedad, utiliza un criterio distinto para determinar si debería haber habido expropiación<sup>42</sup>. Como apunta Alejandro Nieto García “Desaparecido el criterio formal automático “del acto singular”... no existe una fórmula única. 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” (1962: 73-90)<sup>43</sup>. Nieto, con quien coincidimos, afirma que no existe un único criterio, que deben combinarse varios (Nieto García, 1962: 85-90). Autores como Parejo Alfonso (1978)<sup>44</sup>, en España, y Leisner<sup>45</sup>, en Alemania, entre

---

<sup>37</sup> Vean también la sentencia del Tribunal Constitucional Federal BVerfG de 15 de julio de 1981 en la que se describen unos nuevos criterios respecto el concepto de expropiación.

<sup>38</sup> Vean también: O. Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema* (Madrid: Civitas, 2002) 95-ss.

<sup>39</sup> O. Mir Puigpelat, “La responsabilidad patrimonial de la Administración. Análisis crítico del sistema español a la luz de las experiencias italiana y alemana” (Tesis Dr., Bolonia, 2001).

<sup>40</sup> Mir precisa que “El contenido esencial no es el único límite al poder conformador del derecho de propiedad que la Constitución impone al legislador. El principio de igualdad o el de proporcionalidad constituyen, en este sentido, algunos de los posteriores límites que el legislador no puede rebasar --por mucho que indemnice-- sin incurrir en inconstitucionalidad” (2001: 114). Vean también Mir (2000: 1000). En este sentido vean también Van der Walt (1999).

<sup>41</sup> Eduardo García de Enterría, “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, *RAP* 141 (1996).

<sup>42</sup> Además, en varias ocasiones, como en la sentencia sobre la Ley de Aguas, parece que pesa más el criterio del sacrificio grave y singular como describiremos más adelante, aunque mezcla éste con el del contenido esencial (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11).

<sup>43</sup> A. Nieto García, “Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa”, *RAP* 38 (1962).

<sup>44</sup> L. Parejo Alfonso, “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)”, *REDA* 19 (1978): 550-570.

muchos otros, comparten esta opinión: No existe un solo criterio, deben combinarse varios. Bien, más que deban combinarse varios lo que ocurre es que el Tribunal Constitucional acaba utilizando muchos criterios sin método alguno como se verá. A nuestro juicio, y tal y como apunta el profesor Michelman<sup>46</sup>, lo importante no es encontrar un criterio definitivo, sino identificar y conocer las distintas teorías, así como los argumentos para aplicar cada una de ellas en cada caso concreto<sup>47</sup>. Un criterio fijo y definitivo, precisa Michelman, acabaría llevando a situaciones injustas.

No obstante, debemos reconocer que el Tribunal Constitucional español, en general, a pesar de utilizar en numerosas ocasiones la fórmula del artículo 1 LEF para interpretar el alcance del artículo 33.3 CE en los casos límite se ha decantado por un concepto material de expropiación forzosa, vinculado al criterio del respeto o vulneración del contenido esencial de los derechos patrimoniales.

En vista de lo expuesto hasta el momento creemos importante hacer una aclaración: Es relevante, opinamos, que se distinga entre lo que es la definición de la expropiación en general, la que establece la LEF – o ley equivalente para situaciones generales expropiatorias –, de lo que es la identificación de si se da o no la expropiación en una ley, de carácter general, que regula la propiedad en un ámbito concreto. Nos referimos a leyes que pueden ser expropiatorias – como por ejemplo la Ley de Aguas analizada en la STC 227/1988 –, o que cuando se aplican pueden darse casos en los que sea necesario introducir el procedimiento expropiatorio general, de acuerdo con la LEF. Que se aplique o no depende, aparte de que se den los requisitos de ésta, que la autoridad competente lo decida a iniciativa propia, o que el Tribunal Constitucional haya declarado que en determinados casos, cuando se aplique la ley, por ejemplo de creación de un parque natural, deberá indemnizarse si se dan situaciones específicas que a veces el Tribunal Constitucional ha llegado a definir, y que si no fuera así la ley

---

<sup>45</sup> W. Leisner, "Das Bodenreform-Urteil des Bundesverfassungsgerichts", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 25 (1991) 1569-1575.

<sup>46</sup> F. I. Michelman, "Property as a Constitutional Right", *Wash & L.L Rev.* 38 (1981) 1097-ss y F. I. Michelman, "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law", *Harv. L. Rev.* 80 (1967) 1165-ss.

<sup>47</sup> Este autor coincide con gran parte de la doctrina norteamericana cercana a la escuela de los Critical Legal Studies ubicada sobre todo en la Universidad de Harvard y con autores como Duncan Kennedy o Tribe (L.H. Tribe, *American Constitutional Law* 2ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 1988)). Sus argumentos se caracterizan en base a una clara oposición a la Escuela de Chicago y a autores como Sax, Posner o Epstein.

debería considerarse inconstitucional<sup>48</sup>.

El rasgo fundamental de la expropiación es pues, que ésta no pretende innovar el ordenamiento jurídico, a diferencia con lo que ocurre con la regulación de la propiedad. Barnés Vázquez escribe que en los supuestos en que el legislador ordinario regule una materia de forma excesiva, para que se considere la ley expropiatoria y constitucional, el legislador deberá prever la indemnización correspondiente, los criterios de valorización (así como, en su caso, las disposiciones transitorias pertinentes por razón de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica). Este tipo de leyes, que ellas mismas se declaran en algunos aspectos expropiatorias, como se comprenderá, no presentan problemas (1995). El problema aparece ante las leyes que se autodenominan regulatorias, delimitadoras de un determinado derecho de propiedad, pero que en la práctica llevan muy lejos, excesivamente lejos, el margen de actuación que les permite la cláusula de la función social. Aquí está el problema clave que pretendemos resolver en este apartado así como en todos los que siguen<sup>49</sup>. Como apunta el mismo autor, cuando el legislador silencia cualquier alusión a la expropiación deberíamos asumir directamente que estamos ante una delimitación del derecho de propiedad, sin embargo, a la luz del art. 33 CE esto no parece posible (Barnés Vázquez, 1995: 43).

Para identificar tales casos el Tribunal Constitucional ha utilizado distintos criterios, la del sacrificio singular o especial, pero también muchos otros que se irán describiendo a continuación. Sí que es cierto que el criterio del contenido esencial es el más relevante, pero acudir a éste no ha resuelto el problema tampoco ya que definir de manera definitiva y a priori el contenido esencial de la propiedad

---

<sup>48</sup> En Alemania, como se verá, se ofrece una solución mucho más clara y conforme al texto constitucional. Una Ley que acarree expropiación deberá fijarlo así de manera precisa y expresa y además fijar de antemano cuáles deben ser los cálculos para conocer el precio de la indemnización o la indemnización directamente. Así, en Alemania no está permitido que una Ley cree regulaciones excesivas sin establecer que se trata de una expropiación. Si va a haber una expropiación, declara el Tribunal constitucional Federal, a raíz por ejemplo de la creación de un parque natural, la ley deberá especificarlo de forma cierta indicante exactamente qué propiedades se verán afectadas así como la compensación. En España en cambio las cosas se han dejado un poco más en el aire y así sentencias como las que ya hemos mencionado (sobre la ley de aguas o la ley de Costas) permiten a la Administración que sea ésta la que vaya decidiendo caso por caso si se encuentra ante situaciones excesivas para la propietario. Esto en Alemania, como describiremos a continuación, no está permitido. Nosotros opinamos que en España tampoco debería permitirse. No afirmamos que no puedan restringirse derechos patrimoniales, no, sino que defendemos que cuando así sea la decisión debe ser del legislador y no de la Administración.

<sup>49</sup> J. Barnes Vázquez, "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978", en J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 25-66, 43.



privada no es del todo viable ya que a pesar de ser un límite, el legislador puede delimitar la propiedad de acuerdo con los criterios que considere oportunos en cada caso. Así, el límite del contenido esencial no puede saberse de antemano; o dicho de otra forma: si pueden saberse los mínimos de los mínimos de ese contenido esencial del derecho de propiedad, pero ello nunca significará que sea el núcleo duro del contenido esencial si no el que puede ser de antemano definible. Cada momento definirá a posteriori lo que es el contenido esencial<sup>50</sup>. Resumiendo, la pregunta que nos planteamos, así como la mayoría de la doctrina, es: ¿A raíz de la aplicación de una ley debe darse la expropiación y si está no se aplicara se vulneraría el contenido esencial de la propiedad? Ni siquiera esto nos parece claro. Nosotros consideramos que la misma garantía expropiatoria forma parte de ese contenido y que cuando se aplica no se vulnera el contenido esencial de la propiedad. En suma, el contenido esencial, es un parámetro para definir la constitucionalidad de las Leyes y no un criterio para definir la expropiación. Para no complicarlo más tan sólo, de momento, nos atreveremos con una afirmación: Estaremos ante una expropiación cuando así lo establezca la ley. Por otro lado, cuando la ley no sea clara, o cuando ni la ley ni el Tribunal Constitucional lo hayan establecido así, deberá verse ad hoc, caso por caso, por parte de la autoridad competente. La ley que no es expropiatoria pero lo debería ser se declarará así por parte del Tribunal Constitucional a partir de lo que decida ad hoc, de acuerdo con sus propios criterios – y además deberá ser declarada inconstitucional. ¿Qué criterios? Esto es lo que intentamos responder aquí. Lo que está claro es que los criterios no son ni nítidos, ni coherentes, ni definitivos, ni aportan en ningún caso un mínimo de seguridad jurídica o en el procedimiento. Desde luego, acudir al límite del contenido esencial de la propiedad está muy bien, pero de ninguna manera resuelve el problema si no que lo traspa.

Dicho de manera esquemática, en España y Alemania<sup>51</sup> se dará la expropiación cuando: Así lo

---

<sup>50</sup> Vid.: J. Jiménez Campo, "Artículo 53. Protección de los Derechos Fundamentales", vol. IV en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996), 440-529; J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Madrid: Editorial Trotta, 1999); y J. Jiménez Campo, "El legislador de los derechos fundamentales", en *Libro Homenaje al profesor Ignacio de Otto* (Oviedo: Secr. Publ. Universidad de Oviedo, 1993) 477-ss.

<sup>51</sup> En Italia, como se verá, no sucede exactamente lo mismo, ya que en este país no existe un artículo como el 53.1 CE, ni el 19.2 LF, que exija que sólo por ley que respete además el contenido esencial, podrá regularse el ejercicio del derecho de propiedad. En Italia, a pesar de faltar artículos como los descritos, una parte de la doctrina, así como la misma Corte Constitucional, han defendido la existencia de un contenido esencial "constitucional" del derecho de propiedad que debe protegerse en todo caso – en base a la teoría de la sustancia. Autores como Giannini, profesor de la Universidad de Florencia,

disponga la ley, la LEF, o una ley general – por ejemplo una ley de aguas-- que establezca que para los casos específicos A y B si deberá expropiarse, siempre eso sí, respetando el contenido esencial de tales derechos patrimoniales a pesar de que acaben convirtiéndose en su equivalente económico. La expropiación, en virtud del artículo 33 y 53.1 CE es una garantía formal. En España existen dos --o tres, depende como se mire-- formas de expropiación: El supuesto más típico, y el que más garantías ofrece, al actuar sucesivamente dos poderes el legislativo y la Administración y por la efectividad de la tutela judicial, art. 24.1 CE, frente a los actos administrativos expropiatorios, es el denominado expropiación administrativa o “clásica” y que consiste en la privación singular de cualquier derecho o interés legítimo patrimonial realizada por la Administración en virtud de lo dispuesto en las leyes. El segundo tipo de expropiación, es la expropiación singular *ope legis*. Dentro de la primera categoría estarían las leyes expropiatorias formales (de nacionalización, de demanialización, ...) que remiten a la LEF, o ellas mismas establecen las garantías del art. 33.3 CE, para que quede fijada el alcance de la indemnización especificando exactamente qué tipo de bienes van a ser expropiadas. En este tipo de leyes deberá garantizarse también que éstas se han redactado de acuerdo con el principio de proporcionalidad<sup>52</sup>. Hasta aquí ningún problema.

También deberá aplicarse la garantía expropiatoria cuando lo determine el Tribunal Constitucional. Esto ya es más complejo pero intentaremos hacerlo inteligible. Nos referimos a supuestos como por ejemplo una ley de aguas que no haya previsto en ningún caso la expropiación. Entonces el Tribunal Constitucional declara en una sentencia, en respuesta a un recurso de inconstitucionalidad contra la ley, que en los casos A y B, si no se abre un procedimiento expropiatorio, debido a que estos casos padecen un sacrificio singular y más grave que el resto, la ley debería considerarse inconstitucional porque si no debería entenderse que ésta estaría vulnerando el contenido esencial del derecho de propiedad. En este

---

o Rodotà se oponen con contundencia a este tipo de interpretación (M.S. Giannini, “Basi costituzionali della proprietà privata”, *Politica del diritto* 4-5 (1971) 443-ss; y S. Rodotà, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid: Civitas, 1986)).

<sup>52</sup> Barnés Vázquez apunta una tercera categoría, la de las leyes materialmente expropiantes por sus efectos (1995: 52). Nosotros no compartimos ésta idea ya que la vemos como un equivalente a los regulatory takings norteamericanos. Los requisitos formales de la expropiación impiden que en España puedan existir este tipo de expropiación, como venimos insistiendo.

segundo supuesto las respuestas ofrecidas por los tribunales constitucionales europeos objeto de estudio han variado mucho. El Tribunal Constitucional puede decidir dos cosas: una, que en base al principio de proporcionalidad se indemnice al afectado de manera singular y grave sin llamar a esta solución expropiación --solución adoptada sobre todo en Alemania--; y otra, que es lo que ha hecho el Tribunal Constitucional con la sentencia sobre la Ley de Costas, es decir, en general la ley no es inconstitucional -- en relación a estos aspectos--pero, en determinados casos, singulares, en los que haya un sacrificio especial, debería iniciarse un procedimiento indemnizatorio -- aunque no queda claro que tenga que ser de acuerdo con la LEF, parece que se refiere más a la responsabilidad patrimonial del legislador-- si no la ley debería entenderse inconstitucional por vulneración del artículo 33 CE. Es decir, la ley en general, la Ley de Costas por ejemplo, no es inconstitucional pero “apliquen el procedimiento indemnizatorio en casos concretos”. Posteriormente, el Tribunal Constitucional se desentiende si se aplica o no tal procedimiento. Los propietarios uno a uno deberán ir recurriendo su situación concreta sin demasiado éxito, dicho sea de paso.

El Tribunal Constitucional en éstos casos ha señalado pues que la ley es inconstitucional, ya que para los supuestos A y B, no se ha iniciado un procedimiento indemnizatorio --la ley es inconstitucional por desproporcionada. Tampoco ha declarado que determinados preceptos de la Ley de Costas sean expropiatorios porque esto no es posible en España, la expropiación debe ir acompañada de unos requisitos formales. La solución norteamericana en la que la Corte Suprema establece que la Ley de Costas de California es constitucional pero que la regulación de éstas debe considerarse expropiatoria -- un regulatory taking-- y que en suma debe indemnizarse a los propietarios no es posible en España ni nunca se ha adoptado una solución semejante.

En definitiva, lo importante para discernir entre una delimitación de la propiedad y una expropiación, es ver, aparte del análisis que pueda hacerse caso por caso, si existe un criterio técnico para identificarlo<sup>53</sup>. Resumiendo, por una parte tenemos el concepto legal de expropiación de la LEF de 1954. EL Tribunal Constitucional primero se decanta por identificar la expropiación con la privación singular y con lo dispuesto en la LEF (SSTC 108/1986, 37/1987 y 99/1987). El segundo

---

<sup>53</sup> E. García de Enterría, “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, *RAP* 141 (1996).

criterio utilizado por el Tribunal Constitucional es de tipo sustancial, basado en el contenido esencial del derecho de propiedad.

El Tribunal Constitucional ha calificado de expropiación la operación realizada por dos Leyes absolutamente generales, y no referidas a casos singulares, la Ley de Aguas de 1985 y la Ley de Costas de 1988. La primera amplía la extensión del dominio público hidráulico y la segunda el dominio público marítimo poniendo fin a situaciones de propiedad privada en tales espacios hidráulicos y costeros. Las leyes, como ya hemos comentado, fueron objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad en base a que afectaban el contenido esencial del derecho de propiedad ex art. 53.1 CE. A juicio de los recurrentes estábamos ante una “transferencia coactiva” de los propietarios al Estado regulador en las que no se disponía a indemnización o indemnización suficiente. Las decisiones constitucionales sobre estas dos leyes de aguas y costas (SSTC 227/1988, de 29 de noviembre y 149/1991, de 4 de julio) reconocieron que éstas tenían un contenido expropiatorio a pesar de su ordenación general o abstracta. El Tribunal Constitucional declaró que el legislador no dispone de un poder absoluto, que debe respetarse el contenido esencial del derecho de propiedad y que de afectar el mismo deberán articularse como Leyes expropiatorias si no quieren incurrir en inconstitucionalidad. O como se dice en el FJ de la sentencia sobre la Ley de Aguas (STC 227/1988): si no se respecta el contenido esencial del derecho no puede hablarse de una regulación general, “sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traducirá en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas no tolerado por la norma constitucional salvo que medie la indemnización correspondiente”. En el mismo FJ 11 la sentencia por un lado identifica situaciones que identifica como delimitación del derecho de propiedad, y por otro, señala las disposiciones con contenido material expropiatorio y busca si en las regulaciones de la Ley puede localizarse algún tipo de compensación o indemnización que las haga legítimas en base al criterio que apunta la misma decisión (“Despojo no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente”).

La Ley de Aguas acaba considerando que tal compensación existe y absuelve la ley de inconstitucionalidad. Nosotros opinamos que, a pesar que compartimos las intenciones de la Ley de Aguas, la forma que se sigue no es del todo correcta. Creemos más adecuado el sistema alemán de definir la expropiación y su diferencia con la delimitación de derechos. Además aquí ni siquiera sabemos si estas compensaciones que se otorgan son realmente fruto de una indemnización expropiatoria o son simplemente una compensación sin más, sin saberse muy bien bajo qué figura

debemos encuadrarla. Opinamos que el Tribunal Constitucional en realidad lo que hace es decir que estamos ante una regulación de la propiedad constitucional y que para determinados casos, cabrá una indemnización no expropiatoria, en base al principio de proporcionalidad, como ocurre en Alemania. La diferencia está, desgraciadamente, en que en Alemania estas distinciones que en España son tan confusas, están mucho más delimitadas. Así la fijación de un plazo máximo general de setenta y cinco años para el los derechos de aprovechamiento de aguas ganados con anterioridad a la vigencia de la Ley, muchos de los cuales hasta entonces eran perpetuos, no se considera una expropiación sino de mera regulación ya que a juicio del Tribunal Constitucional no desvirtúa su contenido esencial.

Tampoco es expropiación la demanialización de las aguas subterráneas no alumbradas (FJ 12), entre muchos otros ejemplos que ya hemos citados y citaremos en otros apartados. Tampoco vamos a describir aquí de nuevo todos los supuestos de la sentencia sobre la Ley de Costas (STC 149/1991) --ya que para ello nos remitimos a otros apartados y capítulos de la presente investigación-- aquí tan sólo nos centramos en la idea de expropiación.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 la cuestión es si la demanialización de propiedades privadas operada por la Ley es una expropiación y si lo fuera por tanto debería ir acompañada de la correspondiente indemnización. Por otro lado, como ya se ha visto, al tratarse de derechos patrimoniales cuestionables, o “no existentes”, pues puede relajarse la exigencia de indemnización. La compensación prevista en la ley que dispone concesiones gratuitas durante un total de sesenta años (treinta prorrogables a treinta años más) que no son facultativas como ocurría con la Ley de Aguas, fijando así el quantum de la indemnización. Nosotros no tenemos todavía claro, sin embargo si todo este proceso debe calificarse de expropiatorio, o de simple compensación en base al principio de proporcionalidad.

La sentencia de costas concluye que no ha de “atender a las circunstancias precisas que en el caso concreto puedan darse, sino la existencia de un “proporcional equilibrio” (STC 166/1988, FJ 13 B) entre el valor del bien o derecho expropiado y, la cuantía de la indemnización ofrecida, de modo tal que la norma que la dispone sólo podrá ser entendida como constitucionalmente ilegítima cuando la correspondencia entre aqué y ésta se revele manifiestamente desprovista de fundamento”. Nosotros entendemos pues, y más en vista de lo sucedido en la práctica, que aparte de las compensaciones que fija la misma ley, en forma de concesiones, el resto se trata de una mera regulación del derecho de propiedad. ¿No hubiese sido más sencillo establecer una serie de categorías, situaciones, en las que la

misma ley dijera que para estos casos cabe expropiación? Porque sino todo el planteamiento nos parece muy confuso. Seguimos. Así, cuando el legislador aplica el quantum de la indemnización ésta será inconstitucional sólo en caso de abuso manifiesto, desproporción o arbitrariedad. Desde este criterio, el Tribunal Constitucional mantiene que la indemnización ofrecida es un “equivalente del derecho del que se priva a sus anteriores titulares”. Es decir, no es exactamente una indemnización expropiatoria, sino, como en Alemania, una compensación equiparadora que si no existiera la ley se consideraría inconstitucional por desproporcionada.

Por otro lado la sentencia apunta que está realizando un juicio en abstracto pero que cabe la posibilidad de pasar al juicio concreto, “desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva”. “Esto es, para que no pueda reprocharse a la Ley materialmente expropiatoria el cierre de una discusión judicial; artículo 24 de la Constitución, de su estimación indemnizatoria, problema ya suscitado en nuestra jurisprudencia constitucional en las varias sentencias sobre el caso Rumasa”. En suma, la sentencia admite, en términos nada claros, la posibilidad de que los titulares de los derechos dominicales extinguidos puedan recurrir, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una indemnización complementaria que pueda justificarse en circunstancias específicas, distintas de las abstractas contenidas en el juicio de constitucionalidad – “circunstancias precisas que en el caso concreto pueden darse”.

Insistimos, ¿no hubiese sido más claro que en la propia ley se determinaran circunstancias específicas en las que debería aplicarse el procedimiento expropiación de la LEF en vez de dejarlo en el aire? Porque, entonces ¿si estas compensaciones complementarias se aplican en base a que sería? ¿En base a un procedimiento expropiatorio? Entonces, ¿Cómo o no está designado así en la ley?, ¿En base a la responsabilidad patrimonial de la administración? Es una solución, sí, pero tampoco creemos que la situación se ajuste a esta figura.

En vistas de lo que ha ocurrido en la práctica, en que la Administración de Costas ha dado el mismo trato a las parcelas en la ribera del mar dedicadas a solarium, que a los hoteles, o que a una industria o una vivienda familiar --el mismo trato en el sentido en que la Administración “ha operado con una total desenvoltura, sin ofrecer nunca, que yo conozca, tal posibilidad de juicios concretos indemnizatorios al notificar sus decisiones, ni lo que puede resultar más sorprendente, de los interesados, al menos en la medida de mi conocimiento limitado, los cuales con las excepciones que resultan de la jurisprudencia civil que luego expondremos, que parece haber sido más receptiva que la

contencioso-administrativa a los problemas de la propiedad privada, parecen haberse resignado a la simple conversión de sus propiedades en concesiones, lo que ha sido comúnmente estimado por ellos como un atropello a sus derechos” (García de Enterría, 1996: 147)–no nos parece que la solución del Tribunal Constitucional sea muy viable. De acuerdo con la Ley todas las construcciones existentes sobre el demanio marítimo revierten al Estado al término del plazo de la concesión nunca han recibido indemnización a raíz de un juicio concreto indemnizatorio. Así, debemos concluir que en realidad, esta remisión a los casos concretos está vacía de contenido, por la misma práctica, por no cumplir con los requisitos formales de la expropiación, y por tratarse en definitiva, de una regulación de la propiedad que no acarrea indemnización<sup>54</sup>. La única indemnización existente en la ley, la de la concesión gratuita por sesenta años, nosotros entendemos que no es una indemnización expropiatoria si no una compensación equiparadora –aunque el Tribunal Constitucional no lo haya visto así exactamente como se verá.

Como apunta García de Enterría, está claro que el Tribunal Constitucional no puede ocuparse de los miles de situaciones jurídicas individuales afectadas por la operación nacionalizadora y determinar caso por caso si la indemnización es suficiente, sino que como es lógico, debe ocuparse de valorar en abstracto el “proporcional equilibrio” en cuanto a “juicio abstracto” de los criterios indemnizatorios de la Ley y que remita su aplicación concreta a cada caso particular para que se enjuicien individualmente en la jurisdicción contencioso-administrativa (1996: 147)<sup>55</sup>. Esto es cierto, lo que ocurre que esta valoración en abstracto nos parece demasiado enigmática y más la remisión que se hace a los casos concretos sin resolver lo abstracto. Al no desarrollar el Tribunal Constitucional cuáles deben ser los

---

<sup>54</sup> En este sentido recuerden la sentencia, que ya hemos comentado en apartados anteriores, de la Audiencia Nacional de 3 de junio de 1990 (Sala de lo contencioso-administrativo) en la que un club náutico no sólo ve anulado su derecho de propiedad, de su propiedad ante el mar, en la playa, sino que además se ve conminado a desmantelarlo de forma inmediata sin que medie indemnización alguna.

<sup>55</sup> E. Albertí Rovira expone que una de las características de la “debilidad” del derecho de propiedad – a la que a su vez hace referencia el voto particular de los magistrados Rubio Llorente y Gabaldón en la STC 6/1991, de 15 de enero que el mismo autor cita– radica en que la Constitución no pone a su servicio medios directos de protección subjetiva, sino tan sólo de protección objetiva; lo que significa que la tutela del derecho de propiedad queda sujeta a los tribunales ordinarios, descartando pues la protección subjetiva, el recurso de amparo (E. Albertí Rovira, “La constitución económica. Tendencias a los veinte años de la Constitución”, en G. Trujillo, L. López Guerra y P. González-Trevijano (dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000) 125-158, 147. Nosotros, lógicamente, interpretamos que lo mismo puede decirse respecto la garantía expropiatoria –al estar insertada también en el art. 33 CE–, y que por lo tanto, las situaciones particulares de cada propietario deben dilucidarse ante este tipo de jurisdicción tal y como apunta también el mismo Tribunal Constitucional, así como García de Enterría (1996).

criterios generales para que se aplique la indemnización en los casos concretos ha dejado desamparados a miles de propietarios. No es que nos parezca mal que no se indemnización a los propietarios, que es lo que ha acabado pasando, pero nos hubiera parecido más lógico que el Tribunal Constitucional hubiese declarado que estamos ante una mera regulación (sin derecho a indemnización más allá de la concesión ya reconocida) y punto.

Por otro lado debe apuntarse, como lo hace García de Enterría (1996: 148), que ex artículo 24 de la Constitución, se asigna un derecho a los expropiados a discutir ante el juez, exactamente como todos los propietarios afectados por expropiación ordinarias, el quantum de su indemnización. Así, la expropiación legislativa que no respete este derecho individualizado sobre la indemnización expropiatoria, será inconstitucional. La sentencia 149/1991, corrige en este sentido la doctrina de la sentencia Rumasa I (111/1983).

Cosa distinta es que en base a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 139, pueda darse la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración por “la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar y en los términos que especifiquen dichos actos”. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado no debe aplicarse cuando estemos ante “actos legislativos de naturaleza expropiatoria” (1996: 148)<sup>56</sup> El artículo 139 de esta ley, entendemos, debe aplicarse en el caso de daños y no ante supuestos expropiatorios.

García de Enterría concluye que las leyes de naturaleza expropiatoria, de acuerdo con el artículo 1 de la LEP, cláusula constitucionalizada formalmente como expresión de la garantía del art. 33 de la Constitución, (i) “serán inconstitucionales si no han previsto en su propio texto la correspondiente indemnización; cuando un Tribunal ordinario se encuentre con una Ley de ese carácter sin tal previsión

---

<sup>56</sup> En este caso debemos señalar, como lo hace Julia Celdrán Ruano, que la “responsabilidad del Estado legislador”, que permite la reacción de los particulares ante inmisiones patrimoniales no expropiatorias realizadas por vía legislativa, es decir el principio indemnizatorio derivado de la acción dañosa del poder opere o sólo de la Administración o del Poder Judicial, sino también del legislativo, que estamos ante “perjuicios incidentales” que no corresponden con la garantía expropiatoria (J. Celdrán Ruano, “Aproximación al estudio de un tema actual: La responsabilidad del Estado por actos de aplicación de las leyes”, en, *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal* (Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1997) 145-174, 146).



indemnizatoria tendrán obligación de plantear ante el Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad” (1996: 149). Cuando la ley de contenido expropiatorio, como lo es la de Costas, haya previsto la indemnización correspondiente al despojo por ella dispuesto y no haya remitido a la Administración, y por lo tanto tampoco a su control judicial, la suficiencia de dicha indemnización debe salvar el control de constitucionalidad justificando su alcance “desde el punto de vista del juicio abstracto” de acuerdo con el criterio de “proporcional equilibrio”. (iii) Conforme al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y para no sufrir una discriminación en relación con los propietarios que sufren expropiación por parte de la Administración, con respaldo legislativo, que sí pueden discutir judicialmente la justicia de su indemnización, las leyes expropiatorias ad hoc o de caso único que fijen en éstas la indemnización correspondiente de manera taxativa o cerrada, serán inconstitucionales por violar el art. 24 CE. (iv) Las leyes expropiatorias que fijen criterios generales de indemnización que superen el requisito de “proporcional equilibrio” desde el punto de vista del “juicio abstracto”, que es el único que debe examinar el Tribunal Constitucional, está condicionada a que esos criterios puedan ser ponderados, concretados y modulados por el juez, en atención de cada caso singular y se garantice por lo tanto el acceso a los Tribunales ordinarios. Esto es lo que se deduce García de Enterría de la STC 149/1991, a pesar, como apunta este autor, de su confusa redacción y de que la misma sentencia ha omitido llevar al fallo tal precisión, para que así quede salvaguardada la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. La decisión citada es una clásica sentencia “interpretativa” en la que “se hace advertencia a la Ley interpretada para poder salvar su constitucionalidad” (1996: 149-150). Recapitulando, los propietarios, pueden dirigirse a los tribunales ordinarios para determinar la justicia y alcance de la indemnización, pero no al Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad ya que el Tribunal Constitucional ya se ha manifestado que existe un proporcional equilibrio en el texto de la ley “expropiatoria” desde el punto de vista abstracto, que es lo suyo.

(v) Ahora bien, en este último caso ya no estamos ante una expropiación -que es lo que aquí nos interesa descifrar-sino que esta eventual reclamación judicial de indemnización particulares debe articularse, apunta el mismo autor, a través de la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración, regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, conforme,

concretamente, al artículo 139, párrafo tercero, de la mencionada Ley. Este mecanismo, recordamos, presenta inconvenientes procedimentales, como la fugacidad del plazo de prescripción<sup>57</sup>. Este es pues, el régimen que García de Enterría deduce de un análisis sistemático de la jurisprudencia constitucional, corrigiendo, eso sí, la omisión que existe en el fallo de la Sentencia sobre la Ley de Costas, que sí es tá presente en sus fundamentos jurídicos. De este modo, la ley, cualquier ley expropiatoria, opina el autor, quedará ajustada a la Constitución (1996: 149-150).

La aplicación de la Ley de Costas no ha estado exenta de problemática y ha dado un giro, en algunos casos y en especial en el marco de la jurisprudencia civil, a lo que la Ley en un inicio quería establecer. Como ocurre en Alemania, la jurisprudencia civil ha sido una protectora de la propiedad más ferviente que el propio Tribunal Constitucional. La jurisprudencia civil ha dinamitado algunos de los fines de la Ley de Costas y puesto de relieve la falta de compromiso y claridad de la sentencia que la analiza (STC 149/1999). La Sala Primera del Tribunal Supremo, en base al art. 132.2 CE y a su propia interpretación de la Ley y sentencia de costas --esto le pasa al Tribunal Constitucional por no ser claro--, ha admitido la pervivencia de las titularidades privadas en enclaves del dominio público cuando resultan de sentencias firmes, menos en el caso de las playas, e incluso, pero ocasionalmente, en casos en que no habían sentencias cuando la titularidad privada proviene por ventas realizadas por el propio Estado o se obtuvieron en virtud de la legislación de Costas anterior a 1988 (Sentencias de 10 de junio de 1996, de 6 de marzo de 1992, de 4 de junio de 1991, y de 4 de julio de 1991 (esta última sentencia del Pleno de la Sala)).

Teniendo en cuenta el trato que la Administración ha dado a los propietarios en virtud de la sentencia sobre costas, 149/1991, que ha ignorado la reserva expresa que en ella se contiene a favor de un proceso singular para cada caso afectado por la nacionalización que debía permitir modular los factores propios de cada caso para que se pudiera llegar a una indemnización justa, no sorprende la aptitud de los tribunales civiles. La Sala Primera del Tribunal Supremo "se ha negado a ver en la Ley de Costas una operación confiscatoria, que prohíbe el artículo 33.3 de la Constitución, que es como viene a resultar al prescindir la Administración del factor indemnizatorio individualizador que el

---

<sup>57</sup> Vid.: O. Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema* (Madrid: Civitas, 2002) y en especial el prólogo en el mismo libro de García de Enterría.

Tribunal Constitucional había, aunque con alguna imprecisión, reconocido” (García de Enterría, 1996: 151). La Sala Primera del Tribunal Supremo interpreta el art. 132 de la Constitución pro futuro, de modo que no suprime las titularidades dominicales privadas existentes amparadas en una legítima adquisición y situación posesoria mantenida. A juicio del Tribunal Supremo este precepto constitucional no puede tener trascendencia confiscatoria por prohibirlo el mismo artículo 33.3 CE, en relación, precisa el Tribunal, a aquellas situaciones patrimoniales que tienen origen en contratos legales y se han ido consolidando con el transcurso del tiempo, presentándose acomodadas a la normativa que regulaba las mismas antes de la vigencia de la Constitución (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1996).

El Tribunal Supremo, Sala Primera, ha interpretado – gracias a la imprecisión de la sentencia de costas (STC 149/1991)– que esa reserva de derechos anteriores está reconocida indirectamente por la Ley de Costas de 1988, por su disposición transitoria primera, párrafo 2 que establece “todo ello sin perjuicio de las acciones civiles que aquellos (titulares) puedan ejercer en defensa de sus derechos”. Este precepto, precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1996, al no considerarse inconstitucional por el Tribunal Constitucional, “preserva los derechos de los particulares”. Y así, se acaba produciendo, gracias a la imprecisión de la Ley y sentencia sobre costas, un *revival* de los derechos dominicales privados cuando nada estaba más lejos de su intención. O como dice García de Enterría: “Esta inesperada reviviscencia de los derechos dominicales privados tras la Ley de Costas de 1988 es una consecuencia de la imperfecta resolución del problema de la indemnización derivada de la expropiación legislativa” (1996: 151).

Acabamos pues con la crítica final que realiza García de Enterría que compartimos enteramente: “He aquí cómo una solución menos restrictiva y más abierta y clara de esta cuestión sustancial, conforme a los principios constitucionales, tanto por parte del legislador, que pretendió sustituir propiedades verdaderas por concesiones temporales, sin más, como por la del Tribunal Constitucional, que ha omitido perfilar más concretamente y llevar al fallo lo que, sin reservas, admite en la fundamentación, la necesidad de indemnizaciones individualizadas, hubiese permitido a la Ley alcanzar más eficazmente sus propósitos declarados, propósitos que hoy no discute prácticamente nadie y que, sobre todo, derivan directamente de la Constitución (la cual, no obstante, en su art. 33.3, ha proclamado también inequívocamente la necesidad de indemnizar los despojos expropiatorios, precepto al que la propia sentencia constitucional 149/1991 reconoce un valor “preferente”, en cuanto referente a derechos fundamentales, sobre el del art. 132.2 de la Constitución” (1996: 151-152).

A ello, y siguiendo con la crítica a la Ley de Costas y a su sentencia constitucional, nosotros añadimos: Si tanto la ley como el Tribunal Constitucional (STC 149/1991) parece que a menudo insisten en que no estamos realmente ante un derecho de propiedad --porque las playas no debieron ser nunca susceptibles de apropiación privada, las playas no debieron ser privadas--; en fin, si se dice que no existe propiedad, si la ley y la sentencia querían decir realmente esto, entonces, ¿por qué entrar ya en dar o no dar indemnización? ¿Por qué no se hace sencillamente como con las expectativas? No existe propiedad pues no entramos en cuestiones indemnizatorias. Cuando la ley y la sentencia empiezan a hablar de indemnización pues parece que estamos ya ante una propiedad – o un interés patrimonial constitucionalmente protegido. En este aspecto la sentencia y la ley son contradictorias con lo afirmado en primer término (de que no había propiedad). Pero bueno, asumiendo que sí hay propiedad y que ésta se limita y por lo tanto se ofrece una indemnización, ¿Por qué no dejarlo aquí y punto? Es decir, que la ley establezca que la indemnización es la concesión y ya está y que posteriormente el Tribunal Constitucional valore si de manera general esta indemnización es suficiente – aunque sospechamos que diría que no lo es. Y la cosa no se acaba aquí --y no es que sea por culpa nuestra. La Ley dice que la indemnización es la concesión pero a continuación reconoce que podría no haber, en base a la disposición transitoria primera, párrafo segundo, que todo ello se establece sin perjuicio de las acciones civiles; y el Tribunal Constitucional, rizando el rizo, o pretendiendo salvar la ley como sea, porque los fines de la ley son muy nobles, todo hay que decirlo, establece que en cada caso singular, si cabe, podrá el propietario plantear los recursos pertinentes, a fin de “redondear” esa indemnización ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Perdonen mi atrevimiento, pero, ¿no hubiese sido más sencillo, y constitucional, como se hace en Alemania, que la ley establezca que en los casos X y Z – respecto a las construcciones privadas que existan en las playas por ejemplo--debe iniciarse un procedimiento expropiatorio de acuerdo con la LEP. Y, que si la ley no lo ha hecho, el Tribunal Constitucional declarase ésta inconstitucional. O, que si el Tribunal Constitucional quería “salvar” la ley, y al Estado de pagar miles de indemnizaciones, hubiese declarado directamente que la ley es constitucional, que la indemnización en forma de concesión también dada la importancia de las playas, en vez de dejarlo todo tan confuso de manera que en los juicios civiles se acaben pagando indemnizaciones millonarias y en cambio en los contencioso-administrativos nada? Nosotros creemos que había soluciones más claras y sencillas, pero también somos conscientes que ello requería un atrevimiento mayor por parte del Tribunal Constitucional, cosa, comprendemos, que no siempre un órgano de esta relevancia, puede permitirse. Sólo en base a esto podemos llegar a entender la complejidad tanto de la Ley como derecho la sentencia. Ahora bien, desde el punto de vista,

estrictamente jurídi co-constitucional nos parece una barbaridad.

Lo único que puede esperarse de la jurisprudencia constitucional española, y de la alemana – y en parte de la italiana--, es que ésta decida si una regulación de la propiedad es constitucional o no por excesiva. Excesiva en el sentido de que ha ido tan lejos en la delimitación de la propiedad, que la misma ley debería apuntar que para los casos A y B debía cursar la expropiación formal acompañada de indemnización.

Hecho este paréntesis continuamos con el análisis de la noción de expropiación a efectos de distinguirla de la regulación de la propiedad o de la regulación excesiva. Como ya se ha apuntado, en España, en determinados casos, en la Ley ya se prevé cuando cabrá la expropiación y en qué condiciones. La expropiación, sin embargo, no se desprende de la Ley en sí misma si no que deberá verse e iniciarse el procedimiento expropiatorio si cabe caso por caso. Por lo tanto entendemos que la Ley lo que está haciendo es una delimitación de la propiedad y para determinados casos, también concretados de forma general, exige que se inicie el procedimiento expropiatorio de acuerdo con la LEF<sup>58</sup>. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Constitucional 186/1993, de 7 de junio sobre dehesas<sup>59</sup> extremeñas que describimos con el fin de acabar de aclarar lo expuesto hasta el momento.

En la sentencia sobre dehesas extremeñas se resuelve que la Ley que establece que en determinados supuestos podrá expropiarse la dehesa --si se da un aprovechamiento deficiente de ésta-- es

---

<sup>58</sup> El Tribunal Constitucional Federal en Alemania ha insistido en que este tipo de leyes en que no se declara de forma precisa e inteligible cuándo cabrá expropiación y cuál va a ser el precio de la indemnización, o por lo menos como debe calcularse, deben considerarse inconstitucionales. Nosotros compartimos esta visión de las cosas establecida por este Tribunal y creemos que debería trasladarse al ordenamiento español.

<sup>59</sup> El *Diccionario de uso del Español* (María Moliner, 1992) define dehesa como: “[...] campo acotado, generalmente de prados y dedicado a campos [...]”.

constitucional<sup>60</sup>. La regulación y la expropiación en ella fijada, declara el Tribunal Constitucional, responden a los intereses generales y a la función social de la propiedad privada. En la decisión se decide un recurso de inconstitucionalidad, dirigido contra diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Extremadura 1/1986, de 2 de mayo, de regulación de las Dehesas – e indirectamente regula la propiedad agraria. El Tribunal Constitucional falla que los artículos 20 y 21 a 29 de la Ley, que establecen facultades expropiatorias “especiales” – aunque nosotros entendemos que son de tipo general-- y un impuesto autonómico sobre las dehesas calificadas como de deficiente funcionamiento, no son contrarios a la Constitución.

En concreto, el art. 20 de la Ley extremeña establece que «la calificación de una dehesa en deficiente aprovechamiento<sup>61</sup>, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de el titular, implicará el reconocimiento del incumplimiento de la función social de la propiedad y dará lugar a la exacción del impuesto regulado en la presente Ley y, en su caso, por interés social, la expropiación en uso o expropiación forzosa de la misma» (STC 186/1993, FJ 2). El Tribunal Constitucional desestima el presente recurso de inconstitucionalidad y declara que los artículos 20 y 21 a 29 de la Ley, que establecen facultades expropiatorias especiales y un impuesto autonómico sobre las dehesas calificadas como un deficiente funcionamiento, no son contrarias a la Constitución.

Como ejemplo del segundo supuesto descrito está la sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio (FJ 47). Ésta decisión establece que en determinados casos sí se indemniza al

---

<sup>60</sup> En la decisión también se cuestionan aspectos competenciales. Aquí tan sólo se menciona que el Tribunal Constitucional declara que en base al art. 149.1.1 de la Constitución, corresponde al Estado fijar las condiciones para garantizar la igualdad de todos los españoles pero que ello no lleva a declarar que la Ley extremeña sea incompatible con esa igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos en relación concreta, en este caso, con el ejercicio de los derechos y correlativos deberes patrimoniales que garantiza el art. 33 de la Constitución (STC 186/1993, FJ 3).

<sup>61</sup> “Para un adecuado entendimiento del alcance de la previsión, conviene indicar que esa calificación de dehesa en deficiente aprovechamiento recaerá en aquellas fincas rústicas que reuniendo las características de extensión y destino agrario a que se refiere el art. 1 de la Ley, atendiendo a su producción efectiva y potencial (artículos 7 y siguientes.) quedan sometidas a planes de aprovechamiento y mejora (artículos 13 y siguientes.), que los interesados no aceptan ejecutar o incumplan o entorpezcan gravemente el cumplimiento (art. 18). En esos supuestos, pues, la calificación de la dehesa en deficiente aprovechamiento -que, por lo demás, corresponderá efectuar a la Junta de Gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 19)- conlleva el reconocimiento del incumplimiento de la función social de la propiedad y da lugar a la exacción de un impuesto -establecido y regulado en los artículos. 21 a 27- y, en su caso, a la expropiación del uso o de la propiedad de la dehesa por causa de interés social” (STC 186/1993, FJ 2).

propietario ante la privación o lesión de derechos urbanísticos. El Tribunal Constitucional dispone que es la doctrina la que deberá definir cuándo estamos ante una expropiación y cuándo ante a la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En primer término el Tribunal Constitucional señala que fijar la diferencia entre responsabilidad patrimonial de la Administración y expropiación es algo que corresponde definirlo a la doctrina. Antes pero debe apuntarse lo que disponen los artículos 41 a 44 LRSV, que componen el Título V de la Ley ("supuestos indemnizatorios"). Los artículos 41 a 44 LRSV definen varios supuestos de privación o lesión de derechos urbanísticos a los que debe acompañar una indemnización. Estos supuestos de privación o lesión no son homogéneos. Se refieren tanto a los daños (directos o indirectos) derivados de la alteración del planeamiento urbanístico (artículos 41, 42, y 44.1 LRSV), como a las limitaciones singulares impuestas por la ordenación urbanística (art. 43 LRSV), o a los daños que irroga la actuación administrativa en su función de otorgamiento de licencias (art. 44.2 LRSV). Todos ellos son supuestos en que la ley otorga el derecho a obtener una indemnización de Derecho público. Aclarado lo anterior, el Tribunal Constitucional precisa también que no es tarea del Tribunal, sino de la doctrina, precisar en qué casos la indemnización de Derecho público que regula la LRSV es reconducible a la institución expropiatoria y en qué casos a la de la responsabilidad patrimonial (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 47))<sup>62</sup>. En definitiva, el Tribunal Constitucional no declara la Ley inconstitucional por "excesiva" regulación del derecho de propiedad sino que determina que deberá verse caso por caso. Todos estos aspectos se analizarán en los apartados posteriores. En suma, concluimos que lo importante es que tanto la expropiación como la exigencia de indemnización deben estar perfectamente delimitados en la ley que regule la propiedad y que a su vez sea expropiatoria. Si no fuera así, la ley que regule excesivamente la propiedad, que sea materialmente expropiatoria, en un juicio abstracto, como es el que debe hacer el Tribunal Constitucional, deber declararse inconstitucional.

Esto, sin embargo, no ha sido contemplado por parte de la jurisprudencia ordinaria en muchos casos, cosa que a nosotros nos parece inadecuada. El caso más típico ha sido cuando una ley general, en su aplicación, ha afectado de manera especial intereses patrimoniales. Ejemplo de ello es la

---

<sup>62</sup> Insistimos, esto en Alemania no sería considerado constitucional, la misma ley debería indicar exactamente en que caso y con que indemnización debe aplicarse la expropiación. Esta doctrina ha sido desarrollada en Alemania sobretodo a partir de la sentencia BVerfGE 58 (1982) 300-353, conocida como la sentencia *Naßauskiesungsbeschuß*.

sentencia de 9 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) . En esta sentencia de 1999 el Tribunal Supremo manifiesta que la declaración a través de un Decreto Autonómico de un Parque Natural de acuerdo con al Ley Estatal 15/1975 de Espacios Naturales Protegidos produce efectos expropiatorios que deben ser indemnizados si éstos implican una privación singular de un bien o derecho inmediato y tasado – y no futuros. Esta decisión obvia todos los requisitos formales – como la garantía de procedimiento expropiatorio– que aquí tanto hemos defendido. El Tribunal Supremo manifiesta que aunque la Ley no declare directamente que estamos ante una expropiación, si los efectos son materialmente expropiatorios deberá tratarse, el caso, como una expropiación. Nosotros no estamos en absoluto de acuerdo, opinamos que el Tribunal Supremo debía haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad si creía que la ley era desproporcionada e inconstitucional por no incluir un procedimiento expropiatorio cuando la situación lo requería .

En este supuesto lo que ocurre es que el Plan que crea el Parque Natural Albufera de Alcudi en Mallorca dispone que no se podrá ni edificar, ni modificar el terreno, ni abrir viales, a fin de mantener el estado natural del área. Para el Tribunal Supremo lo determinante es el hecho de la singularidad -- utiliza el criterio de la singularidad-- y que los efectos del Plan se producen de inmediato y no en un futuro<sup>63</sup>. El recurso contencioso administrativo fue presentado por la sociedad PM, SA por el que se solicitaba que se ordenara al Gobierno balear que iniciara y tramitara expediente de justiprecio por la privación singular a la misma de derechos e intereses legítimos de contenido patrimonial como consecuencia de la creación del Parque Natural de la Albufera de Alcudia, Mallorca.

La empresa actora fue empresa promotora de la urbanización de los Polígonos del anterior Plan General de Ordenación Urbana. Por Decreto 4/1988, el Gobierno Balear declara S'Albufera, Parque Natural de acuerdo con al Ley Estatal 15/1975 de Espacios naturales Protegidos. Gran parte de los terrenos del Parque y en concreto los de S'Albufera, quedan clasificados como no urbanizables de especial protección con la calificación de Área de Albufera y nivel de protección correspondiente a paraje preservado. La empresa promotora mediante escrito solicitó incoación de expediente de justiprecio por privación singular de intereses patrimoniales derivados de la entrada en vigor del

---

<sup>63</sup> Recordamos que la sentencia que resuelve el caso es la de 9 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) que a su vez responde a un recurso de casación contra la sentencia del TSJ de las islas Baleares, de 11 de junio de 1994.



Decreto. Como el expediente no fue contestado ello dio origen al presente recurso. La sentencia del TSJ de las Islas Baleares fue desestimatoria para la empresa PM SA. Ésta recurre ante el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo en la sentencia determina: “importa empezar recordando que hay obligación de indemnizar cuando el daño o lesión se produce en el ejercicio de la potestad expropiación como cuando resulta como incidentalmente producido por una actividad administrativa que no persigue una finalidad ablatoria hay obligación de indemnizar. Lo que ocurre es que para que haya ejercicio de la potestad expropiatoria no es necesario que así se proclame expresamente. Basta que -de lo que resulta- pueda deducirse que la actividad de que se trata va dirigida frontalmente a producir una privación singular de un bien o derecho. Que es lo que ocurre aquí” (sentencia de 9 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 2)).

El Tribunal Supremo además exige que el daño sea inmediato: “Aquí no es que en el futuro, pueda llegar a ocurrir que, incidentalmente, se produzca una lesión derivada de actuaciones administrativas de ejecución del plan, sino que ha habido ya una privación singular de bienes o derechos que debe ser indemnizada so pena de tener que calificar el Decreto de confiscatorio” (sentencia de 9 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 2)). El TSS señala que una parte de esos polígonos ya están dentro del Parque natural, “sin necesidad de actuaciones administrativas posteriores”, y sometida a una regulación establecida en beneficio de los intereses de la colectividad”, preservar el hábitat. “Cosa distinta es que la correspondiente privación singular que de ello resulta para los titulares del Derecho sobre esos terrenos no deba indemnizarse. Todo lo contrario, esa indemnización procede por imposición constitucional y el cauce adecuado es el establecido en la LEF” (sentencia de 9 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 3)). La sentencia impugnada es anulada y se obliga al Gobierno Balear a abrir y tramitar el correspondiente procedimiento expropiatorio. Aquí queremos insistir en que hubiese sido mejor plantear una cuestión de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Supremo. Consideramos más adecuada la postura de la jurisprudencia alemana, a la que ya se ha hecho alusión, en la que se establece que debe existir una clara diferencia entre las expropiaciones mediante ley y las expropiaciones administrativas conforme a la ley (que las autoriza y delimita).

(v) *Las ventajas de la ausencia del requisito formal expropiatorio en Estados Unidos.*

En Estados Unidos, si bien por un lado la Constitución exige una serie de requisitos materiales al hecho expropiatorio (*public use* e indemnización), por otro, no se desprenden de ella la exigencia estricta de requisitos formales como ocurre en España. La explicación de esta ausencia se encuentra, dicho de manera muy general e incompleta, en la misma estructura del ordenamiento jurídico norteamericano, así como en el sistema de los órganos jurisdiccionales que permiten un control directo de la constitucionalidad de las leyes por casi todos los tribunales así como el acceso a la Corte Suprema para impugnar una ley a los afectados por la regulación<sup>64</sup>. El poder de expropiar una propiedad para el bien público, para el dominio público (*eminent domain*) está, en base a la décima enmienda<sup>65</sup>, entre los poderes “reservados a los Estados”. En un principio se dudó sobre si los Estados Unidos, la Federación, disponía de la facultad de expropiar<sup>66</sup>, pero tal duda quedó del todo desvelada con la sentencia *Kohl v. United States*, US (1875) cuando la Corte Suprema establece que los Estados Unidos pueden ejercer este poder cuando este razonablemente relacionado con sus otros poderes.

Por otro lado, y respecto a los estados, los primeros derechos “específicos” pertenecientes al “*Bill of Rights*” que fueron absorbidos por la decimocuarta enmienda del *due process*<sup>67</sup> fueron los pertenecientes a la quinta enmienda y en concreto el mandato de que la propiedad privada no puede ser expropiada para fines públicos sin que haya indemnización. Así se estableció en *Chicago B & Q.R.R.*

---

<sup>64</sup> Vid.: K.L. Sullivan y G. Gunther, *Constitutional Law*, 14ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 2001); K.L. Sullivan, “Unconstitutional Conditions”, *Harv. L. Rev.* 102 (1989) 1415-ss; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, vol.1, 3ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 2000); L.H. Tribe, *American Constitutional Law* 2ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 1988); y L.H. Tribe, *Constitutional Choices* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985).

<sup>65</sup> Décima enmienda de la Constitución norteamericana: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by the States, are reserved to the States respectively, or to the people”.

<sup>66</sup> P. Nichols, *The Law of Eminent domain* (Nueva York, USA: M. Bender, 1964).

<sup>67</sup> Como es sabido la *Bill of Rights* en principio estaba creada para limitar el poder de los Estados Unidos, de la federación, pero poco a poco, aunque uno a uno, los distintos derechos y libertades que la forma se fueron incluyendo en la lista de derechos que vinculaban también a los Estados. La asunción de la *Bill of Rights* por parte de los Estados no fue en bloque si no que se ha hecho específica mente. De todos modos casi todos los derechos pertenecientes al *Bill of Rights* federal forman parte del *Bill of Rights* que vincula a los Estados –que por otro lado tienen asimismo su lista de derechos y libertades en sus propias constituciones. Tan sólo un par y derechos “menores” quedaron fuera de esta lista, como por ejemplo el derecho a ser juzgado por un tribunal con jurado popular en los procesos civiles. El resto de las garantías de la *Bill of Rights* federal, y a través de la decimocuarta cuarta enmienda de la Constitución federal, vinculan a los estados. Vid: F. Frankfurter, “Memorandum on “Incorporation” of the Bill of Rights into the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment”, *Harv. L. Rev.* 78 (1965) 746-ss.

*Co. v. Chicago*, US (1897) cuando la Corte Suprema dictó que los estados estaban obligados a pagar una justa indemnización y en *Missouri v. Nebraska*, US (1896) en el que se mantiene que la propiedad no puede ser expropiada por los estados para fines privados si no sólo con fines públicos.

En Estados Unidos existe una diferencia entre *takings* y expropiación. Un *taking*, de acuerdo con la Quinta Enmienda, es un término amplio que incluye la categoría más restrictiva de expropiaciones formales o adquisiciones obligatorias en los términos del poder de eminent domain, pero que también se extiende a la categoría más amplia de las acciones estatales que tienen la forma de regulaciones de acuerdo con el poder de legislar (*police-power regularions*) de la propiedad pero que en la práctica alcanzan la categoría de *takings* porque van demasiado lejos (*that in effect amount to takings because they go too far*)<sup>68</sup>.

Las expropiaciones formales en sentido estricto, ejercidas en los términos del eminent domain y que envuelven adquisiciones permanentes obligatorias de un título patrimonial, deben, por lo tanto diferenciarse la categoría más amplia de los *takings*, y de la cláusula de los *takings* de la Quinta Enmienda (y particularmente el requerimiento de la indemnización) que se aplica a ambas categorías. Consiguientemente, ambas, la expropiación formales y los *regulatory takings* deben satisfacer el requerimiento del *public use* y el de la indemnización de la *takings clause*. La diferencia entre estas dos categorías reside en que es mucho más difícil reconocer cuándo estamos ante un *regulatory taking*, y en relación a la *takings clause*, la cuestión más relevante es: cuando una limitación de la propiedad va demasiado lejos, de manera que se convierte en un *taking* sujeta a la cláusula de los *takings*.

El poder de eminent domain no está garantizado de manera explícita ni al gobierno federal ni al estatal, pero todos los estados han copiado las restricciones en el ejercicio del poder de *eminent domain* que se impusieron al gobierno federal en la Quinta Enmienda, y por lo tanto, se asume de manera general que el poder de *eminent domain* es un poder inherente al poder estatal o que es un poder autorizado implícitamente por la Constitución (Van der Walt, 1999: 423-424)<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> En palabras del Juez Holmes en *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 260 US 393 (1922) 415 (9).

<sup>69</sup> A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

En *Bennis v. Michigan* (116 S Ct 994 (1996))<sup>71</sup> la Corte Suprema confirma la distinción entre *takings* y pérdidas de la propiedad a raíz de la vulneración de una ley. De acuerdo con la sentencia y con la distinción en ella establecida, la pérdida de la propiedad a raíz de la violación de una ley no se considera que quebrante la cláusula del proceso debido (*due process clause*) o la cláusula de los *takings* (*takings clause*) de la Quinta Enmienda, incluso cuando el propietario o el co-propietario no conocía el uso ilegal de su propiedad. El estado no es responsable, ni debe indemnizar, la pérdida de la propiedad ya que éste adquirió la propiedad en base al ejercicio de una autoridad distinta del poder de eminent domain.

Todas las teorías que se han construido en Estados Unidos para definir un regulatory taking van a describirse de forma extensa en los apartados que siguen. Aquí tan sólo recordamos dos requisitos esenciales de la cláusula de los *takings* que deben aplicarse a los *takings* y a las expropiaciones formales: (a) los *takings* deben realizarse en base a un uso público, y (b) deben ir acompañados de una compensación justa.

*(vi) La expropiación como garantía de procedimiento que debe estar definida en la ley y propuestas alternativas –también definidas en la Ley-- en Alemania.*

El artículo 14.3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 reconoce las garantías de la expropiación en los mismos términos que los establecidos en el artículo 33.3 de la Constitución española. Este artículo dispone que “La expropiación sólo es lícita para satisfacer el bien común. Podrá producirse únicamente por ley que establezca la forma y la cuantía de la indemnización. La indemnización se determinará ponderando equitativamente los intereses de

---

<sup>70</sup> Debe apuntarse que esta última afirmación no es aceptada pro todos los autores de manera unánime. Paul, por ejemplo, critica esta asunción, desde una óptica liberal, y defiende que este poder no es ni necesario ni beneficioso (1988: 4. 72-ss). E. F. Paul, *Property Rights and Eminent domain* (Oxford, UK: Transaction Books, 1988).

<sup>71</sup> En este caso la recurrente era la co-propietaria de un coche usado por su esposo para llevar a cabo una conducta sexual ilegal que vulneraba las leyes estatales sobre indecencia en Michigan.

la colectividad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre la cuantía de la indemnización, estará abierta la vía de los tribunales ordinarios”<sup>72</sup>. En suma, la expropiación es la extracción parcial o completa de intereses patrimoniales concretos e individuales para la realización de específicos fines públicos (Riegel, 1975: 42-49<sup>73</sup>; Leibholz, Rinck y Hesselberger, 1990: 92<sup>74</sup>; Bryde, 1992: 873<sup>75</sup>; Badura, 1994: 364, 60<sup>76</sup>; Schmidt-Bleibtreu y Klein, 1995: 385<sup>77</sup>, Kimminich, 1995: 178, 349<sup>78</sup>; Wendt, 1996: 516<sup>79</sup>).

En Alemania forman parte de los requisitos de la expropiación<sup>80</sup>: la reserva legal, la observancia a la forma establecida por la ley, los presupuestos de legitimidad del acto expropiatorio (la *causa expropriandi*) y la correspondiente indemnización (BVerfGE 52, 1

---

<sup>72</sup> Manuel Medina Guerrero realiza esta traducción del artículo 14 LF, que reproducimos aquí, – así como de todo el texto del capítulo tercero – en Otto Kimminich, “La propiedad en la Constitución alemana”, en J. Barnes Vázquez (coord.) et al., *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 151-174. Respecto a su traducción, que nos parece válida, tan sólo queremos matizar un aspecto: En la primera frase del párrafo tres cuando Medina Guerrero escribe “bien común” otros autores lo han definido en sus traducciones como “public interest” o “public necessity” –vean la traducción que realiza Van der Walt así como los autores y traducciones que éste cita en su obra (1999: 121). Aunque “bien común” o “interés o necesidad pública” no es exactamente lo mismo consideramos que para el fin del presente análisis, las tres traducciones son válidas. Lo importante es aquí definir en qué consiste o ha consistido el interés público en Alemania que es en lo que nos centraremos.

<sup>73</sup> R. Riegel, *Das Eigentum im europäischen Recht* (Berlín: Duncker & Humblot, 1975).

<sup>74</sup> G. Leibholz, H-J. Rinck y D. Hesselberger, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* 7ª ed. (Cologne: Verlag Dr Otto Schmidt, 1990).

<sup>75</sup> B-O. Bryde, “Art. 14 (Eigentum und Erbrecht)”, en P. Kunig (ed.), *Grundgesetz-Kommentar* 4ª ed. (Munich: CH Beck, 1992) 821-904.

<sup>76</sup> P. Badura, “Eigentum”, en E. Benda, W. Maihofer y H-J. Vogel (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* 2ª ed rev. (Berlín/ Nueva York: Walter de Gruyter, 1994).

<sup>77</sup> B. Schmidt-Bleibtreu y F. Klein, *Kommentar zum Grundgesetz* 8ª ed. (Luchterhand, 1995).

<sup>78</sup> O. Kimminich, “Art. 14”, en R. Dolzer (ed.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Heidelberg: CF Müller Verlag, 1995).

<sup>79</sup> R. Wendt, “Art. 14 (Eigentum, Erbrecht und Enteignung)” en M. Sachs (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (Munich: CH Beck, 1996) 482-582.

<sup>80</sup> La doctrina alemana encuadra tres categorías generales de las prestaciones indemnizatorias públicas que a menudo estudia conjuntamente – denominándolas (staatliche Ersatzleistungen)-- y que son: la delimitación de derechos, siempre que exija en base al principio de proporcionalidad una indemnización, la responsabilidad extracontractual la Administración y la expropiación. Aquí nos centramos en la diferenciación entre expropiación formal y regulación “excesiva”, desproporcionada, del derecho de propiedad.

(1979) 27)<sup>81</sup>. La expropiación está legitimada si se cumplen los requerimientos establecidos en el art. 14 LFB (Riegel, 1975: 42-49 y Wendt, 1996: 516-518). En la mayoría de aspectos respecto a la expropiación Alemania y España coinciden, por lo tanto no van a repetirse, aunque, sí mencionaremos los más importantes de manera esquemática y aquellos que concretamente identifiquen a la expropiación en Alemania.

La expropiación es una garantía más de la propiedad constitucional que la fortalece. En 1952 el Tribunal Civil Federal<sup>82</sup> define la expropiación como: “aquella intervención sujeta a indemnización sobre los derechos de contenido patrimonial de particulares o grupos, producida en virtud de un fin público superior y derivada de una ley o de un acto administrativo con base en una ley que, bien en la forma de privación o de gravamen de derechos, incide especialmente y de un modo desigual en los afectados y les impone, en beneficio de la comunidad, un sacrificio singular que no es exigido a los demás” (BGHZ 6, 270).

Para que la garantía de la expropiación se aplique la propiedad afectada tiene que ser calificada como un interés patrimonial constitucionalmente protegido, la propiedad tiene que ser extraída total o parcialmente, normalmente la propiedad afecta, a diferencia de la regulación, un propietario individual o una propiedad concreta de una comunidad de propietarios o grupos

---

<sup>81</sup> Las sentencias del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, en adelante “BVerfGE”) no tienen adjudicados nombre, como en Estados Unidos. En algunas ocasiones se las identifica, en los medios, con nombres como el caso *Naßauskiesung* BVerfGE 58, 300, 1981; pero éstos no son nombres oficiales y por lo tanto no quedan plasmados en los informes del Tribunal, en los *Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen* – BVerfGE. Asimismo, normalmente en las referencias oficiales de los casos no consta la fecha ya que con el número de la sentencia, con sólo BVerfGE 58, 300, por ejemplo, es suficiente. Aquí, para facilitar la comprensión de la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana hemos añadido, en la mayoría de los casos, la fecha de la sentencia.

<sup>82</sup> Varias Cortes enjuician las materias en relación a la cláusula de la propiedad y la expropiación en Alemania. Las Cortes más importantes para nuestros objetivos son: el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE), el Tribunal Administrativo Federal (BVerwG) y el Tribunal Civil Federal (BGH), el *Bundesgerichtshof* – también traducido por algunos autores (Mir, 2002: 77) como Tribunal Supremo. Éste último es el que decide cuestiones en relación a la indemnización que debe ser pagada por expropiaciones; el Tribunal Administrativo Federal tiene jurisdicción en relación a la validez de las decisiones y acciones administrativas; y el Constitucional la tiene respecto a la cuestión de si una legislación, acciones de Estado o decisiones de otras cortes federales y tribunales inferiores son conformes a la Constitución --Vean al respecto la explicación que da la Corte Constitucional Federal en caso *Naßauskiesung* BVerfGE 58, 300, 1981 (318-320). La interpretación del artículo 14.1 LF ha llevado a un pulso entre los tribunales civiles y los constitucionales, basado en un enfoque distinto respecto a la garantía de la propiedad.

de propietarios y además, para que se dé la expropiación, debe exigírseles un sacrificio que se consideraría desproporcionado en el caso de que no se aplicase tal garantía expropiatoria (Wendt, 1996: 516-517).

La expropiación, al ser una de las categorías limitadoras de la propiedad primero tiene que cumplir con todos los requerimientos generales de las limitaciones sobre la propiedad. Es decir, tiene que llevarse a cabo de acuerdo con principios constitucionales como la igualdad y la protección de la “seguridad” que sea garantizada constitucionalmente y además observar el requerimiento general de la proporcionalidad (Van der Walt, 1999: 147).

La característica principal de la expropiación, y lo que la distingue de categorías no expropiatorias conocidas como quebrantamientos (“infringimientos”) “legales” expropiatorios (*enteignende Eingriffe*) y de los quebrantamientos (“infringimientos”) “ilegales” de tipo expropiatorio (*enteignungsgleiche Eingriffe*)<sup>83</sup>, han sido el objeto de muchas decisiones de los tribunales civiles y del Tribunal Constitucional Federal<sup>84</sup>. En la mayoría de los casos el Tribunal Constitucional Federal ha declarado que las expropiaciones, de acuerdo con la cláusula expropiatoria, tienen que ser consideradas como una categoría restringida de limitaciones que satisfacen los requerimientos específicos del art. 14.3 LFB (BVerfGE 58, 300, caso *Naßauskiesung* (1981)). Los otros quebrantamientos, legales o ilegales, de la propiedad pueden tener resultados similares o prácticamente idénticos pero si éstos no satisfacen los requerimientos de la expropiación del art. 14.3 LFB no pueden calificarse como expropiación – podrán calificarse, por ejemplo, de regulaciones inconstitucionales y por lo

---

<sup>83</sup> EL BGH entendió en un inicio que la mera antijuricidad del ataque a la propiedad era suficiente para que se considerase el requisito del sacrificio especial. De acuerdo con Maurer los requisitos para que se dé esta institución que acarrea una indemnización son: que exista una intervención administrativa, una lesión de la propiedad, una inmediatez de la intervención, una antijuricidad del ataque y que no exista un recurso posible y razonable contra el acto de la Administración. Esta figura del *Enteignungsgleicher Eingriff* se ha aplicado en situaciones en que se han sufrido daños a raíz de una actividad administrativa que los ha provocado como por ejemplo los casos en que se sufren inmisiones molestas a raíz de una depuradora municipal (H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 12ª ed. (Munich: C.H. Bech, 1999)). Ver también Mir Puigpelat (2002: 77-119).

<sup>84</sup> El BVerfGE, asimismo ha diferenciado la figura *enteignungsgleicher Eingriff* de la delimitación de derechos excesiva que requiere indemnización (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*) a raíz de una regulación de la propiedad como veremos más adelante.

tanto inválidas. En algunos casos, sin embargo, parece que se ha aceptado por parte del Tribunal Constitucional Federal el pago de un pago *equilibrador* que asegura que el impacto de una regulación limitadora no sea desproporcionada, pero entonces estos pagos *equilibradores* son tratados como compensaciones más de tipo “civil” y no como compensaciones constitucionales por expropiación (Van der Walt, 1999: 146-147)<sup>85</sup>.

En Alemania, como en España, aunque en el país germánico quizás con un poco más de reconocimiento doctrinal, existe una distinción entre expropiación mediante ley, ley expropiatoria singular – expropiación legislativa (*Legalenteignungen*) – y la expropiación realizada a través de un acto administrativo – expropiación administrativa (*Administrativenteignungen*)— basada, eso sí, en una ley. Aunque ambas categorías expropiatorias están permitidas en la Constitución (14.3 LFB) la expropiación legislativa es considerada una excepción que será sometida a un escrutinio más estricto, y que tan sólo se considerará legítima en circunstancias extraordinarias (BVerfGE 24, 367, caso *Deichordnung* (1968)).

La expropiación mediante ley – nos referimos a leyes como por ejemplo la española de aguas que fija en la misma ley la expropiación y la indemnización (las concesiones)--, a pesar de ser permitida por el art. 14.3 de la LFB constituye una excepción. La ley en este caso constituye un acto de ejecución; mientras que en la expropiación administrativa ésta deberá hacerse de conformidad con la ley pero a través de un acto administrativo que la dictará.

En la expropiación legislativa la ley a través de la cual se ejecuta la expropiación debe afectar a un grupo de personas determinado o determinable a los cuales se les priva de determinados derechos patrimoniales . En este caso la ley no puede autorizar además la producción de actos administrativos de carácter expropiatorio ya que de acuerdo con el

---

<sup>85</sup> A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).



Tribunal Constitucional Federal la expropiación legislativa excluye la administrativa y viceversa: “Una misma norma no puede efectuar una expropiación legislativa y, al mismo tiempo, autorizar al ejecutivo a que proceda a una expropiación” (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 15.7.1981, BVerfGE 58, 331).

En este punto es preciso hacer una aclaración del mismo alcance que la que se hizo respecto a las expropiaciones legislativas en España. A pesar de que en Alemania también estén permitidas las expropiaciones legislativas éstas sólo podrán aplicarse en casos excepcionales, no existe la posibilidad de elección entre una vía y otra. El Tribunal Federal Constitucional también ha insistido en que el hecho de que para que la expropiación legislativa pueda ser cuestionada sólo se pueda acudir a una instancia, el Tribunal Constitucional, su utilización habitual quebraría “de un modo decisivo la tutela judicial que es inherente al derecho fundamental” (BVerfGE 24, 367). El recurso de amparo contra la ley que lleva a cabo de forma directa la expropiación no responde a las exigencias de la tutela judicial que a los tribunales contencioso-administrativos corresponde satisfacer ya que no es tarea del Tribunal Constitucional, insiste, actuar como un tribunal de primera instancia en un proceso administrativo.

En todo caso la expropiación mediante ley deberá realizarse mediante ley formal de acuerdo con el art. 14.3 LF. Así, la diferencia entre una regulación del derecho de propiedad “excesiva” --que si estuviéramos en Estados Unidos podría llamarse *regulatory taking*-- y una expropiación legislativa reside en que esta última, la expropiación legislativa, se caracteriza en que la ley afecta a posiciones jurídicas individuales y concretas que están atribuidas, conforme a Derecho, a un grupo determinado de personas (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 10.5.1977, BVerfGE 45, 326).

También coinciden ambos países a la hora de identificar el deslinde entre delimitación de la propiedad y la intervención expropiatoria. En el segundo caso debe existir, de acuerdo con el Tribunal Civil Federal, “un sacrificio singular que no se exige a los demás”, aplicándose así la “teoría del sacrificio singular” que también adopta España en muchos casos (*Sonderopfertheorie*).

El Tribunal Administrativo Federal ha optado, en cambio, por la “teoría de la exigibilidad”, de lo razonablemente exigible o tolerable (*Zumutbarkeistheorie*) y por la de “la gravedad” (*Schweretheorie*), denominada también “teoría del sacrificio” (*Aufopferungstheorie*) que valora, como indica su nombre, la gravedad y alcance de la intervención sobre la propiedad. De acuerdo con los que defienden la teoría de la gravedad el deslinde no puede basarse en un criterio formal, como lo es distinguir entre un sacrificio general y uno singular, sino en uno material. La gravedad y exigibilidad permiten, a su juicio, tutelar el derecho de propiedad con independencia del número de afectados.

El Tribunal Civil Federal, oponiéndose todavía a esta teoría defiende que ésta no es viable ya que “hablar de exigibilidad o de algo que es “digno de protección” (*Schutzwürdigkeit*) no es sino recurrir a conceptos en exceso incoloros y flexibles; que brindan un parámetro material escasamente accesible y manejable, y además sólo pueden utilizarse y reconocerse con un relativo consenso; y encuentran en la conciencia social valoraciones muy diversas sobre la expropiación y la protección de la propiedad. Todo ello trae consigo que la utilización de esta distinción por parte de las instancias afectadas, en especial por los tribunales, genere un tratamiento enormemente desigual que no se puede evitar” (BGHZ 6, 270).

Nosotros opinamos que si bien es cierto lo que afirma el Tribunal Civil Federal, los conceptos si que son en exceso incoloros y flexibles, tampoco creemos que acudir a una solución fija y permanente si no es cierta y conforme con la Constitución tampoco aporta nada. La solución del Tribunal Administrativo Federal no es definitiva, cierto, pero por lo menos se acerca más a la realidad compleja a la que nos enfrentamos, en Alemania, Italia, España y Estados Unidos. Este trabajo, de hecho, trata sobre esto: partiendo de esta realidad compleja y poco definida, intentamos definir unos criterios y teorías para intentar llegar a una seguridad que ni que no sea definitiva por lo menos sea un poco más ordenada.

Coincidimos con el Tribunal Administrativo Federal cuando, manteniendo su doctrina reitera que el criterio decisivo reside no en el sacrificio singular, en criterios formales, sino en conceptos materiales, en la gravedad y alcance de la intervención. A ello añade que esta es la única solución posible ya que la misma disciplina de la propiedad constitucional está tutelando

un bien de carácter valorativo y por lo tanto tiene un contenido axiológico material (Sentencia del Tribunal Administrativo Federal 27.6.1957, BVerwGE 5, 143). Este Tribunal convence así a la mayoría de la doctrina alemana (i.e.: Leisner, 1972: 151<sup>86</sup> y Kimminich, 1995: 164<sup>87</sup>) y en gran medida al Tribunal Civil Federal que acaba introduciendo aspectos materiales en su apreciación ya a finales de los setenta (Schulte, 1979: 11<sup>88</sup>, Ramsauer, 1980: 60<sup>89</sup> y Kimminich, 1995: 164-165).

También el Tribunal Constitucional Federal ha optado por la teoría de la exigibilidad en la mayoría de los casos y desde un inicio y afirma que el rasgo esencial de la expropiación desde el punto de vista constitucional lo constituye la intervención estatal sobre el derecho de propiedad y debe resolverse en la idea de privación total o parcial de las concretas posiciones jurídicas subjetivas que se encuentran protegidas por el artículo 14.1.1 LF (BVerfGE 79. 1991).

En relación a la expropiación legislativa y al objeto de la expropiación el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia de 9 de enero de 1991 precisa que: "Para que exista una expropiación no es necesario que se transfiera el bien; su característica determinante es la privación de la propiedad y la pérdida de patrimonio y de derechos que ello produce, pero no la transferencia del objeto expropiado" (BVerfGE 83, 211). A ello el mismo Tribunal añade que para que estemos ante una expropiación legislativa es preciso que la expropiación conlleve un sacrificio (*Aufopferungsenteignung*). En este caso no se está transfiriendo o incorporando determinados bienes u objetos para el cumplimiento de fines de interés general, sino estableciendo un sistema de propiedad sometida al Derecho público en relación a

---

<sup>86</sup> W. Leisner, *Sozialbindung des Eigentums* (Berlín/ Munich: , 1972). Véan también: W. Leisner, "Sozialbindung des Eigentums nach privatem and öffentlichem Recht", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 28 (1975) 233-238; y W. Leisner, "Das Bodenreform-Urteil des Bundesverfassungsgerichts", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 25 (1991) 1569-1575.

<sup>87</sup> Véan también: O. Kimminich, "Art. 14", en R. Dolzer (ed.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Heidelberg: CF Müller Verlag, 1995).

<sup>88</sup> H. Schulte, *Zur Dogmatik des Art. 14 LF* (Heidelberg: CF Müller Verlag, 1979). Véan también: H. Schulte, "Freiheit und Bindung des Eigentums in Bodenrecht", *Juristen-Zeitung (JZ)* 39 (1984) 297-304.

<sup>89</sup> U. Ramsauer, *Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums* (Berlín, 1980).

ciertas categorías de bienes, cuyo disfrute se regula en aras del bien común como ocurre en el caso de la construcción de diques (Tribunal Constitucional Federal 18.12.1968, BVerfGE 24, 367 sobre construcción de diques).

En Alemania, debe existir una clara división, que debe tener en cuenta el legislador, entre expropiación legislativa y la administrativa. Si no se diferencian ambas expropiación puede ocurrir como en la sentencia en que el Tribunal Constitucional Federal anula una ley de un *Land* que no tiene en cuenta tal división. El Tribunal dispone que “la norma colisiona con el artículo 14.3.2 LFB porque incluye elementos de expropiación legislativa en una expropiación que, según su naturaleza, es de carácter administrativo y, en consecuencia, suprime ilícitamente las diferencias existentes entre las dos formas de expropiación permitidas por la Constitución” (BVerfGE 45, 330). En este caso la ley impugnada prevé el establecimiento de un gravamen público sobre determinados terrenos destinados a las instalaciones del metro, dejando en realidad en manos de la Administración la decisión acerca de cuáles serían los concretos propietarios afectados, así como del momento exacto en que dicho gravamen se haría efectivo. Así, se desdibujan, a juicio del Tribunal Constitucional Federal, los dos principales rasgos que diferencian la expropiación legal de la administrativa; que es que en la expropiación legislativa es la propia ley quién determina quines son los propietarios afectados, y la que fija la entrada en vigor de la expropiación, de manera inmediata sin necesitar ningún acto adicional de ejecución (BVerfGE 45, 297, 326).

También en Alemania la expropiación administrativa constituye la practica general. Nos referimos a la privación de la propiedad mediante un acto administrativo de acuerdo con la ley que garantiza de este modo la protección de los derechos fundamentales, inherente al Estado de Derecho en el ámbito de la ordenación de la propiedad (BVerfGE 45, 232). El principio de legalidad de la Administración, inherente al Estado de Derecho, exige que la expropiación

administrativa sólo sea posible en base a una ley formal<sup>90</sup>.

Si en España la regulación general de la expropiación se encuentra en una ley anterior a la Constitución, la LEF, en Alemania la legislación expropiatoria se encuentra dispersa en distintas leyes sectoriales de la Federación y de los *Länder*. La Federación, como los Estados Unidos (“la federación”) en Norteamérica, está facultada para dictar leyes expropiatorias en la medida en que la expropiación afecte a los ámbitos materiales de los arts. 73 y 74 LF (art. 74.14 LF). No existe pues una ley federal que regule unitariamente la expropiación forzosa tampoco en los *Länder*. Así existen normas especiales para la expropiación en materia de aguas y vías públicas. Y asimismo hay leyes expropiatorias de carácter general en las que se establece el procedimiento expropiatorio para las expropiaciones que se lleven a cabo en concretos ámbitos de aplicación determinados por las respectivas leyes especiales. Ejemplo de ello es la Ley de Expropiación de Baviera en la que se establece la cláusula general de expropiación (art. 1.1) que se corresponde con el art. 14.3 LF: “De acuerdo con esta ley, puede utilizarse la expropiación para satisfacer fines que sirvan al bien común” y que continúa que “Bajo este presupuesto, puede expropiarse especialmente para (...) la asistencia social y sanitaria, deporte, escuelas, universidades y otras instituciones culturales, ... comunicaciones, eliminación de residuos, líneas de transporte, ... ” y al final especifica que “De acuerdo con esta ley, puede además expropiarse con el objeto de satisfacer fines para los que otras leyes permitan expresamente la expropiación”.

Recapitulando, y de acuerdo con el artículo 14.3.2 LF y con la cláusula *Junktimklausel* la ley que expropia, o sirve de base a la expropiación, debe regular al mismo tiempo el tipo y alcance de la indemnización. Un acto administrativo expropiatorio debe realizarse en base a una ley que autorice y legitime la expropiación que sea conforme a la Constitución. A su vez,

---

<sup>90</sup> Aunque una gran parte de la doctrina opina que puede aplicarse también el concepto material de ley siempre y cuando estas normas se hayan dictado en base a una ley formal H-J Papier, “Art. 14”, en T. Maunz, G. Dürig et al (eds), *Grundgesetz Kommentar* (Munich : CH Bech, 1990) núm. marginal 473.

la ley sólo será constitucional si regula la forma y alcance de la indemnización, sino ésta violaría el art. 14.3.2 LF y sería, por consiguiente, nula (Kimminich, 1995: 168-169)<sup>91</sup>. La ley debe determinar con claridad si la intervención que ésta autoriza sobre la propiedad constituye una expropiación a efectos constitucionales y cuál es la indemnización que estima justificada en conformidad a los intereses de la comunidad y de los afectados (BVerfGE 45, 75).

Por último queremos destacar que la cláusula del nexo (*Junktimklausel*), a la que volveremos más adelante, se interpreta como un requerimiento sobre los efectos de las provisiones legales regulatorias, que no prevén una indemnización, no pueden considerarse expropiaciones. En este sentido, el problema que existe, por ejemplo en Estados Unidos, para distinguir entre expropiaciones y regulaciones de la propiedad se diluye en cierta medida gracias a un requerimiento técnico, y simultáneamente las normas expropiatorias están sujetas a un requerimiento de validez estricto. Así, como apuntan Currie (1994: 291) y Van der Walt (1999: 149), los problemas de los regulatory takings norteamericanos, quedan casi totalmente fuera en Alemania ya que el requerimiento de la cláusula del nexo implica una restricción estricta entre expropiación y regulación – delimitación-- de la propiedad. Esto además coincide con la línea defendida por el Tribunal Constitucional Federal, en el sentido de que una regulación excesiva es inválida y no puede ser transformada en una expropiación a través del otorgamiento de una indemnización. Sin embargo, y tal y como se ha ido señalando a lo largo del presente texto, este enfoque no ha sido del todo observado por las cortes civiles y administrativas, y parece que se va aceptando que leyes reguladoras de la propiedad excesivas pueden ser válidas si se otorga un pago *equiparador* (más del tipo de indemnización de derecho civil) para prever los efectos desproporcionados<sup>92</sup>, o dicho de otra forma, para evitar que la ley se convierta en un regulatory taking<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> O. Kimminich, "La propiedad en la Constitución alemana", en J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 151-174.

<sup>92</sup> Incluso el propio Tribunal Constitucional Federal se ha planteado la solución de los pagos reparadores de situaciones desproporcionadas en más de una ocasión (i .e.: caso *Nafauskiesung* BVerfGE 58, 300 (1981)).

<sup>93</sup> Ésa es una discusión de gran importancia que se está llevando a cabo hoy en Alemania y que todavía no se ha

En conclusión, afirmamos que el concepto de expropiación forzosa de acuerdo con la Constitución, y aquí nos referimos tanto a España como Alemania, debe adecuarse a lo establecido en la ley, y que ésta a su vez deberá fijar específicamente en que casos se dará ésta. En el caso que no lo haga, el concepto de expropiación no debe ser ampliado, la regulación excesiva debe ser tachada de regulación inconstitucional y no de expropiación. La misma estructura formal de la expropiación, que a su vez es una garantía para el propietario, lo exige. Nos adherimos pues a lo establecido en la sentencia BVerfGE 58 (1982) 300-353, conocida como la sentencia *Nafbauskiesungsbeschluss* y creemos que sus criterios pueden y deben ser extrapolados al ordenamiento español. Resumiendo el concepto de expropiación exige, de acuerdo con esta decisión (BVerfGE 58 (1982) 300-353)<sup>94</sup> con la que coincidimos en la mayoría de aspectos,: El concepto de expropiación es un concepto estricto y restringido en el que lo que priman son la forma y la finalidad. A ello la sentencia añade, con lo que ya no estamos tan de acuerdo, que la intensidad y la calidad de la intervención quedan en un segundo plano –no nosotros opinamos que estos dos aspectos son igual de relevantes. No pueden confundirse regulación de la propiedad y expropiación ya que ambas figuras deben quedar perfectamente definidas por el legislador cuando se configure cualquiera de las dos. Cuando se regule la propiedad deberá tenerse en cuenta: el contenido esencial y la función social de la propiedad y los principios de proporcionalidad, confianza e igualdad.

Precisamente, si una norma delimitadora del derecho de propiedad es excesiva no se convierte en una expropiación, sino que es inconstitucional y por lo tanto debe ser anulada por el Tribunal Constitucional. Existen así cuatro categorías en cuanto a las limitaciones que puedan imponerse a la propiedad: la delimitación del derecho de propiedad ajustada a la

---

solucionado de manera definitiva. Nos referimos al hecho de que en Alemania, como en España, no se reconocen los regulatory takings, pero por otro lado, como en España aunque en menor medida, se ofrece una indemnización, que debido a los requisitos formales de la expropiación no se reconoce como una indemnización expropiatoria. Vean sobre este tema los argumentos de los autores que ya hemos ido citando, y en especial Papier (1990); Badura (1994); Schmidt-Bleibtreu y Klein (1995) y Kimminich (1995).

<sup>94</sup> Para un comentario más extenso de esta exposición vean: Van der Walt (1999), Mir (2002: 112-115) y (Maurer, 1999: 679-682) (H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 12ª ed. (Munich : C.H. Bech, 1999)).

Constitución, la delimitación inconstitucional del derecho de propiedad –p or ser excesiva la regulación, y en este caso en Estados Unidos estaríamos ante un regulatory taking–(en este supuesto el afectado no recibe indemnización expropiatoria pero si que en algunos casos en Alemania y en base al principio de proporcionalidad se ha introducido la figura de la compensación no expropiatoria sino equiparadora de derechos), la expropiación efectuada de forma ajustada a Derecho en la que se otorga indemnización en concepto de expropiación y la expropiación contraria a derecho en la que no se recibe indemnización expropiatoria tampoco pero sí que podría recibirse una compensación fruto de la responsabilidad extracontractual de la Administración. En este último supuesto la propiedad debería volver en manos de la persona afectada.

Estos requisitos llevan a que el Tribunal Constitucional federal en la misma sentencia haya declarado que si una ley reguladora de la propiedad se prevé excesiva, el Tribunal implicado, una corte administrativa por ejemplo, no puede declarar, sin más, la regulación expropiatoria, dar una indemnización expropiatoria, si no que deberá plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (ex artículo 100.1 LF en Alemania, y 163 CE en España).

La solución en Alemania y aportada por su Tribunal Constitucional Federal es, para el objeto que nos ocupa, en general declarar las regulaciones excesivas inconstitucionales, las leyes nulas, pero permite a su vez una figura que nosotros creemos que se parece mucho a los regulatory takings norteamericanos, que consiste en definir en general la ley como constitucional pero a su vez precisa que para que ésta sea ciertamente constitucional deberá compensarse a determinados propietarios no en base a una indemnización expropiatoria sino en base al principio de proporcionalidad. Esta figura es una excepción a la regla general de la no indemnizabilidad de la delimitación de derechos. Se volverá, también con ejemplos, a estas cuestiones cuando describamos la regulación de la propiedad y las distintas teorías utilizadas en cada caso.

Algunos matices pueden añadirse a esta decisión del Tribunal Constitucional Federal tal y como iremos apuntando a lo largo del presente texto. Ejemplo de ello será el papel que pueda



jugar el contenido esencial del concepto de propiedad como se verá.

(vii) *La importancia de la ausencia del contenido esencial como elemento clave de la ley que regula la propiedad privada de acuerdo con la doctrina italiana.*

En Italia la posición del derecho de propiedad, y de la misma garantía expropiatoria, está incluido en el apartado de la Constitución de las relaciones económicas. En Italia existe también un amplio debate para determinar cuáles han sido realmente los límites que impone la norma constitucional al legislador ordinario y a sus potestades de configuración. Como ocurre en España y Alemania, en Italia también, el concepto constitucional de propiedad y el objeto de la garantía expropiatoria no puede equipararse a un concepto de propiedad preconstitucional ni reducirse al concepto de propiedad del ámbito “civil”. Lo que protege la Constitución, y en concreto la garantía expropiatoria son los intereses patrimoniales constitucionalmente reconocidos<sup>95</sup>. Esto obviamente no es aceptado por toda la doctrina de manera unánime. Una parte cree que el legislador tiene un poder casi absoluto para regular y definir el derecho de propiedad (Esposito, 1954: 182<sup>96</sup>; A. Predieri, 1968: 1317<sup>97</sup>; Giannini, 1971: 471<sup>98</sup>; Cassese, 1969<sup>99</sup>; Luciani, 1977<sup>100</sup>: 1381; Iannelli, 1980: 70<sup>101</sup>; Natoli, 1976: 40<sup>102</sup>; y Rodotà,

---

<sup>95</sup> El artículo 42 de la Constitución italiana regula el derecho de propiedad en su art. 42: “La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a entes o a los particulares. La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, que determinará los modos de adquisición y goce, así como sus límites, para asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La propiedad privada puede ser, en los casos previstos por la ley, y mediante justiprecio, expropiada por motivos de interés general. La ley establece las formas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado sobre la herencia”.

<sup>96</sup> C. Esposito, “note esegetiche sull’articolo 44 della Costituzione”, en XXAUTOR, *La Costituzione italiana* (Padua: , 1954) 182.

<sup>97</sup> A. Predieri, “Espropriazione e regime di proprietà delle aree edificabili”, *Giur. cost* (1968) 1317-ss.

<sup>98</sup> M.S. Giannini, “Basi costituzionali della proprietà privata”, *Politica del diritto* 4-5 (1971) 443-ss

<sup>99</sup> S. Cassese, *I beni pubblici* (Milán: Giuffrè, 1969).

<sup>100</sup> M. Luciani, “Corte Costituzionale e proprietà privata”, *Giurisprudenza costituzionale* (1977) 1345.

1986<sup>103</sup>). De acuerdo con Predieri “la garantía, que por la Constitución es concedida al ciudadano es (salvo en los casos del art. 47, último párrafo) tan sólo la de la necesidad de que intervenga el legislador ... no la garantía del contenido o de los límites de la propiedad. Es más, la garantía queda excluida por la funcionalización prevista para los bienes y actividades, que es un quid distinto de la expropiación tanto estructural como funcionalmente”. Otro sector doctrinal opina que la Constitución no ha roto con el concepto de propiedad históricamente reconocido basado en “la facultad de gozar y de disponer de las cosas”, “la plenitud”, la “absolutividad del dominio” y su “elasticidad” (Mangiameli, 1988: 49)<sup>104</sup>.

Asimismo existe otro grupo de autores, liderados por Sandulli (1972: 470)<sup>105</sup>, que amplían el objeto de la garantía de la propiedad a la existencia de un contenido mínimo o esencial de ésta. Para estos autores existe una garantía de la propiedad que va más allá de la reserva de ley. A su juicio el derecho de propiedad conserva, en base a una interpretación hermenéutica de la Constitución, un núcleo fundamental en las facultades de disposición y de goce, cuya supresión exige necesariamente el ejercicio de los procedimientos normales de la expropiación<sup>106</sup>. Nosotros coincidimos con ésta óptica, con matices, y con lo que hemos afirmado en primer término. No creemos que las afirmaciones de Predieri o del mismo Rodotà sean del todo ciertas, aunque muy oportunas y reveladoras cuando surgieron, ya que la garantía de la propiedad o la misma garantía expropiatoria no es sólo la exigencia de la regulación a través de la ley, sino que respecto a la garantía expropiatoria existen otros requisitos y garantías que deben aplicarse, como los son la necesidad de expropiar en base a un interés público y la aplicación de la indemnización. Para nosotros este es, con matices también, parte del contenido

---

<sup>101</sup> A. Iannelli, *La proprietà costituzionale* (Nápoles : Jovene, 1980).

<sup>102</sup> U. Natoli, *La proprietà* (Milán: Giuffrè, 1970).

<sup>103</sup> S. Rodotà, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid: Civitas, 1986).

<sup>104</sup> S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione* (Milán: Giuffrè, 1986).

<sup>105</sup> A. M. Sandulli, “Profili costituzionale della proprietà privata”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1972) 465-ss.

<sup>106</sup> Para una descripción breve de estas posiciones vean: G.F. Cartei, “La propiedad en la Constitución italiana”, en J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 191-212.

indisponible de la propiedad al que hace mención autores como Sandulli (1972) o Santoro (1972)<sup>107</sup>.

En Italia la expropiación debe ser regulada y establecida en base a una ley de manera formal. Una regulación excesiva no se convierte en expropiación si no en una regulación inconstitucional. En varias sentencias la Corte Constitucional ha señalado, como ya hemos apuntado, que la expropiación debe realizarse por utilidad pública y que las leyes, regulaciones, excesivas, que dejen sin ningún valor económico a la propiedad serán consideradas inconstitucionales<sup>108</sup>. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana de finales de los años sesenta no reina la lógica. Por un lado, se afirma primero que unas regulaciones urbanísticas, que no permiten la edificación, son excesivas, y por lo tanto inconstitucionales, ya que la ley hubiese tenido que definir las como expropiatorias; y por otro, se consideran una regulación general y para nada excesiva, las limitaciones que se imponen a las propietarias con el fin de preservar el paisaje (SCC n° 56 de 1968)<sup>109</sup>. Aunque estamos más próximos a los argumentos de esta última sentencia, los criterios empleados por la jurisprudencia constitucional italiana, no nos parecen nada claros y además son del todo cuestionables.

El Tribunal Constitucional español, no ha seguido esta jurisprudencia, quizás influenciado por las fuertes críticas que a ésta efectuaron autores del prestigio de Rodotà o Giannini, y sin embargo se ha decantado más bien por posiciones más cercanas a la jurisprudencia alemana aunque, y sin ánimo de caer en tópicos, la jurisprudencia española no se ha sabido impregnar del orden y lógica que reina, aunque con sus problemáticas, en las decisiones germánicas.

---

<sup>107</sup> F. Santoro Passarelli, "Proprietà privata e Costituzione", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1972) 955-ss

<sup>108</sup> Sentencia de la Corte Constitucional (en adelante "SCC") n° 6 de 20 de enero 1966 que cuestiona la Ley 1849 de 1932 que imponía limitaciones a la facultad de goce de los inmuebles para tutelar construcciones militares (servidumbre militares). En las páginas 72 y siguientes la decisión estima que el derecho de propiedad es "anulado o menoscabado sin indemnización". Además la sentencia afirma que la Ley no es general sino que impone límites singulares y excesivos. El bien es inútil de acuerdo con su propia naturaleza, afirma también la decisión. Y así, también en los sesenta aparecen otras decisiones en esta dirección (SSCC 29 de mayo de 1968, n° 55 y n° 56, pag. 838-ss y 884-ss respectivamente) que posteriormente Rodotà critica, con encierto, en su famosa obra de 1986. Rodotà opina que la Corte Constitucional defiende un concepto esencial de propiedad contrario a la Constitución, anterior a ésta. De acuerdo con Rodotà, la unidad de la propiedad reside en el elemento común de la función social que está presente en todas las propiedades, y el contenido esencial, es de tipo más bien "formal" o "procedimental", otorgando, como ya hemos apuntado, un amplio margen al legislador para regularla, con lo que nosotros ya no estamos tan de acuerdo.

<sup>109</sup> Esta decisión, propiamente citada en la nota a pie de página anterior analiza la Ley de 29 de junio de 1939, n° 1497 para la protección de paisajes naturales.

Continuando con el análisis de la garantía expropiatoria italiana recordamos que ésta, como la española, está regulada, de manera general (después están las leyes específicas) en una ley anterior a la Constitución, incluso más antigua que la nuestra. La ordenación de la expropiación en Italia se encuentra en la Ley de 25 de junio de 1865 nº 2359. Posteriormente, otras leyes han ido regulando propiedades específicas y estableciendo en ellas, en ocasiones, que en casos concretos se aplicará la expropiación, con sus garantías y el precio de la indemnización. En suma, tampoco en Italia, debido a criterios también formales que aquí no repetiremos, caben los regulatory takings (las regulaciones excesivas que pueden convertirse así, sin más, en expropiación).

*(viii) La expropiación como un instrumento, habilitación, para los poderes públicos.*

La expropiación es una institución que actúa como garantía de los particulares afectados, y, desde el punto de vista de los intereses públicos, la expropiación es también, un medio indeclinable del que los poderes públicos pueden y deben servirse para el logro de sus fines. En el fundamento jurídico décimo de la sentencia 17/1990 el Tribunal Constitucional recuerda lo que para éste es uno de los fines de la expropiación, de acuerdo con lo que ya se dijo en la STC 37/1987 (FJ 6): La expropiación aparte de ser una garantía de los particulares afectados, es, insiste el Tribunal, desde el punto de vista de los intereses públicos, un medio indeclinable del que los poderes públicos pueden y deben servirse para el logro de sus fines, cuando ello exija privar a ciertos particulares de sus bienes y derechos por causa de utilidad pública o interés social propter "*privatorum commodum non debet communi utilitati praejudicari*"<sup>110</sup> (SSTC 37/1987 (FJ 6) y 17/1990 (FJ 10))<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> "[...] de manera que no sólo la ejecución de las medidas expropiatorias sino también en su caso, la definición concreta de causa expropriandi son competencias que no pueden disociarse de las que a cada poder público con potestad expropiatoria le corresponden para la determinación de sus diferentes políticas sectoriales. La consecuencia, por tanto, es que, siendo de hecho la legislación sectorial al que, en atención a los intereses públicos que trata de satisfacer, define de manera más específica o más genérica los supuestos de expropiación y permite poner en marcha el procedimiento expropiatorio regulado en la legislación general sobre la materia" (STC 17/1990, FJ 10).

<sup>111</sup> FJ 10: "salvada la regulación uniforme de la institución como garantía de los particulares afectados, es preciso insistir en que, desde el punto de vista de los intereses públicos, la expropiación es también, como acabamos de recordar, un medio indeclinable del que los poderes públicos pueden y deben servirse para el logro de sus fines, cuando ello exija privar a ciertos

La regulación constitucional de la expropiación “no supone una negación del derecho de propiedad privada, sino sólo su sacrificio concreto ante la presencia de intereses públicos o sociales superiores, con respeto del contenido económico del derecho sacrificado, que se transforma en el derecho a obtener una indemnización por el valor del bien o derecho del que el titular ha sido forzosamente privado” (STC 37/1987, FJ 4). Además, como pasa con la delimitación del derecho de propiedad, la expropiación deberá adaptarse a cada tipo de derecho de propiedad, tal y como apunta el Tribunal Constitucional en la sentencia 61/1997 sobre la Ley del Suelo: “Ha de admitirse que los supuestos expropiatorios y sus respectivos procedimientos y garantías se encuentran estrechamente entrelazados, hasta el punto de que ciertas especies expropiatorias no sólo requieren ya procedimientos específicos, sino también garantías también ajustadas a su naturaleza (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 29 a)).

De acuerdo con el Tribunal Constitucional español, el “instrumento” expropiatorio se empleará en aquellos casos en que sea preciso reducir los intereses y derechos patrimoniales constitucionalmente reconocidos de manera singular<sup>112</sup> (Rey, 2000)<sup>113</sup>. En estos casos el Tribunal Constitucional acude a la teoría de la privación singular<sup>114</sup> de la propiedad (STC 227/1988, FJ 11)<sup>115</sup>.

particulares de sus bienes y derechos por causa de utilidad pública o interés social *propter privatorum commodum non debi communi utilitati praejudicari*, de manera que “no sólo la ejecución de las medidas expropiatorias sino también en su caso, la definición concreta de causa expropiandi son competencias que no pueden disociarse de las que a cada poder público con potestad expropiatoria le corresponden para la determinación de sus diferentes políticas sectoriales” (STC 17/1990).

<sup>112</sup> El Tribunal Constitucional ha aplicado el criterio de la singularidad en varias ocasiones: “distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración ex novo modificativa de la situación normativa anterior. Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general. Así resulta con toda evidencia por lo que se refiere al régimen jurídico de la propiedad privada, pues por imperativo constitucional, la ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social (art. 33.2 de la Constitución)” (STC 227/1988, FJ 11). En la misma decisión sobre la Ley de Aguas el Tribunal Constitucional (STC 227/1988, FJ 11) establece que la expropiación o privación forzosa, que se halla implícita en el artículo 33.3 de la Constitución es y se da cuando ocurre una privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o interés social (STC 227/1988, FJ 11) y añade que ya ha definido el concepto de expropiación en más de una ocasión y que ahora lo reitera (SSTC 108/1986, de 29 de julio; 37/1987, de 26 de marzo; y 99/1987, de 11 de junio, entre otras).

<sup>113</sup> Fernando Rey Martínez, “Derecho de propiedad privada”, (Documento policopiado, Madrid, 2000).

<sup>114</sup> Y, de este modo, lo que no es una privación singular no se ha considerado expropiación: El Tribunal Constitucional en la sentencia 17/1990 --que responde a un recurso de inconstitucionalidad, que es desestimado, contra la Ley del Parlamento

En el presente texto se insiste en que la singularidad no determina la expropiación pero sí que es uno de los criterios y requisitos que debe ir acompañado de otros: como la proporcionalidad o la incidencia en el contenido esencial de la propiedad privada si no se diera la expropiación. A pesar de las críticas que ha recibido el criterio de la singularidad, que está recogido en la misma LEF, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han utilizado este criterio, más el del sacrificio especial en numerosos supuestos. El caso más típico ha sido cuando una ley general, en su aplicación, ha afectado de manera especial intereses patrimoniales (sentencia de 9 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) <sup>116</sup>.

En suma, de acuerdo con el Tribunal Constitucional la expropiación forzosa hoy ya no puede entenderse como la expropiación del Estado liberal, en la que se concebía “como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce inicialmente, a operar sobre bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas” (166/1986, FJ 13)<sup>117</sup>. La expropiación

---

de Canarias 10/1987, de 5 de mayo, de aguas que no prevé legislativamente indemnización alguna por la publicación de una actividad --declara el transporte del agua como servicio público cuando antes estaba efectuado por particulares-- dispone que no estamos ante una expropiación. El Tribunal Constitucional en este caso también utiliza los criterios del “acto singular” y del “sacrificio especial”. El Tribunal Constitucional sigue estos criterios, opina una parte de la doctrina (Rey, 2000), sobre todo porque quiere intentar evitar el alto coste económico que supondría indemnizar a un grupo numeroso de personas, los que normalmente se ven afectados por esta delimitación legislativa del tipo concreto de propiedad. El fundamento jurídico tercero de la misma sentencia sobre la Ley canaria manifiesta que “... el propio tenor literal de los artículos 1.1º y 2.1º confirma que la Ley de Aguas de Canarias no ha procedido a ninguna demnialización, sino que, antes bien, su objeto no es otro que el relativo a la regulación del uso del agua y del ejercicio de las competencias de la CAC en las materias relacionadas con “el dominio público hidráulico”, asumiéndose por la CA la titularidad de los “derechos y obligaciones, potestades y deberes que la legislación nacional reconoce al estado respecto al dominio público hidráulico” (17/1990, FJ 3).

<sup>115</sup> La decisión dispone que “el concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 de la Constitución, declarando en sustancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 de la Constitución, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos” (STC 227/1988, FJ 11). De momento sólo apuntamos, y recordamos, que esta teoría está obsoleta ya en muchos países y ha sido criticada en el nuestro. Lo importante hoy es el grado de interferencia de los poderes públicos. De todas formas, nosotros opinamos que no es que este requisito, el de la singularidad, sea un criterio determinante para definir si existe expropiación o no, pero sí que es uno de los requisitos para definir la expropiación aunque no sea un requisito definitivo.

<sup>116</sup> En esta sentencia de 1999 el Tribunal Supremo manifiesta que la declaración a través de un Decreto Autonómico de un Parque Natural de acuerdo con la Ley Estatal 15/1975 de Espacios Naturales Protegidos produce efectos expropiatorios que deben ser indemnizados si éstos implican una privación singular de un bien o derecho inmediato y tasado –y no futuros. Esta decisión obvia todos los requisitos formales – como la garantía de procedimiento expropiatorio.

<sup>117</sup> Aquí debe apuntarse que nosotros no compartimos esta idea de que en la época liberal el derecho de propiedad fuera tan “sagrado e inviolable” como afirma el Tribunal Constitucional. Coincidiendo con Rodota (1986), y con la idea que defiende constantemente a lo largo de su obra, creemos que ni siquiera en la época liberal se instaló en realidad una noción

hoy es una figura que responde a criterios constitucionales conforme con la noción actual de Estado social. Es más la incorporación de este concepto en la Constitución ha llevado a que surja una nueva idea de expropiación: “La transformación que la idea de Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de limite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada, tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales” (166/1986, FJ 13). Hoy, a juicio del Tribunal Constitucional, la garantía expropiatoria es un “instrumento positivo puesto a disposición del poder público”.

En el presente texto entendemos que la sentencia descrita – la 166/1986, FJ 13-- es extremadamente contraria a una noción de propiedad privada individual, como derecho fundamental, y que el instituto de la expropiación forzosa es una garantía para el propietario y no sólo un instrumento en manos de los poderes públicos. Los poderes públicos están habilitados para actuar y deben hacerlo de una determinada forma porque así lo dispone la Constitución a través de sus mandatos y habilitaciones y cuando actúen y afecten de manera grave los derechos de propiedad de las personas, entonces la figura de la expropiación será una garantía para esas personas si se dan los requisitos para ésta. No creemos que la Constitución haya establecido en ningún precepto que la expropiación sea tan sólo un instrumento en manos de los poderes públicos. Resumiendo, creemos que el artículo 33. 3 CE recoge primero una garantía para el propietario que se aplica cuando la regulación del derecho de propiedad en virtud de su función social sea tan extrema que se haga necesaria.

---

absoluta de propiedad, sino que tan sólo se pretendió la liberación de la propiedad de las cargas feudales, pero no de otras (1986: 102) (S. Rodota, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid: Civitas, 1986)).

### **1. 3. EL OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN Y DE LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD.**

*(i) El objeto de la expropiación en España alcanza no sólo los derechos patrimoniales subjetivos sino cualquier interés legítimo de contenido patrimonial aunque no las meras expectativas.*

En la sentencia 227/1988, de 29 de noviembre de 1988, sobre la Ley de Aguas, 2 de agosto de 1985, que responde a un recurso de inconstitucionalidad que en lo que respecta a la posible vulneración del derecho de propiedad es desestimado el Tribunal Constitucional dispone que la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza, tanto a las medidas ablativas del derecho de propiedad privada, en sentido estricto, como a la privación de los «bienes y derechos» individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, entre los que se incluyen, sin duda, los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público.

Díez-Picazo expone que el artículo 33 se refiere a la privación de bienes y derechos. Así, escribe, que es esta idea de <<privación>> la que requiere alguna profundización. Desde un punto de vista general, continúa Díez-Picazo, la idea de privación se puede contemplar en un doble sentido: A su juicio, se encuentran por una parte las transferencias de bienes concretos o de categorías de bienes de los titulares privados a los entes públicos, respecto a lo que afirma que cree que hay expropiación siempre, aunque se trate de operaciones de nacionalización o de lo que el artículo 128 de la Constitución llama reserva de recursos al sector público. Hay expropiación, por tanto, lo mismo se trate de transferencia de bienes singulares, de transferencia de conjuntos de bienes o de transferencia de categorías de bienes. Y hay expropiación lo mismo si se trata de transferencias singularizadas que si se lleva a cabo por vía legislativa. La garantía constitucional del artículo 33 es, entonces, la existencia



de la causa de utilidad pública o de interés social y la indemnización (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1268-1269)<sup>118</sup>.

Como se ha visto la Ley de Expropiación Forzosa identifica qué bienes pueden ser objeto de expropiación forzosa. El artículo 33 de la Constitución establece que pueden ser objeto de expropiación “todos los bienes y derechos”. Así, aparte de bienes concretos puede ser objeto de expropiación los derechos e intereses dominicales legítimos<sup>119</sup>. El legislador y el Tribunal Constitucional han precisado lo establecido por la Ley de Expropiación Forzosa. Lo que se entienda por bienes y derechos será determinado por el legislador y en último término “corregido” por el Tribunal Constitucional. Esta “corrección” hasta el momento, ha sido benévola y se ha aceptado un concepto amplio del objeto sobre el cual puede recaer la expropiación (STC 108/1986 (FJ 20)). El Tribunal Constitucional expone que el artículo 1.1 de la Ley de Expropiación Forzosa (de 16 de diciembre de 1954) define la expropiación como “cualquier forma de privación de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos [...] ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”. Por lo tanto, pueden ser objeto de expropiación todos los bienes y derechos, reales y de crédito, a condición, naturalmente, que tengan un valor patrimonial y sean enajenables, lo que excluye los bienes de dominio público, salvo previa o simultánea desafectación (pero no los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público (STC 227/1987, FJ 7). Por lo tanto, los derechos de la personalidad y los derechos de familia, que por ser *extra commercium* son inalienables, son inexpropiables” (Pérez Luño, 1997: 531)<sup>120</sup>.

Así, tal y como afirman García de Enterría y Tomás Ramón Fernández “Los intereses patrimoniales legítimos, en cuanto no son constitutivos de derechos, no son en puridad objeto expropiable, pero son indemnizables a consecuencia de la expropiación de los bienes o derechos que lo

---

<sup>118</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

<sup>119</sup> García de Enterría y T-R Fernández apuntan que es lógico que el sacrificio de los intereses patrimoniales legítimos puede tener cabida y más cuando pueden expropiarse derechos patrimoniales, y a continuación afirman que el problema reside en fijar en que casos esos intereses merecen una compensación inherente a la garantía expropiatoria (E. García de Enterría y T-R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo Tomo I y II* 10ª ed.(Madrid: Civitas, 2000) Tomo II: 230).

<sup>120</sup> A.E. Pérez Luño, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997).

sustentan”<sup>121</sup>. Por lo tanto, la privación del derecho no precisa ser plena, puede expropiarse sólo una o una parte de las facultades de lo que constituyen la titularidad de la propiedad, pero nunca, de acuerdo con la LEP, pueden imponerse prestaciones personales.

Todo tipo de bienes pueden ser objeto de expropiación, también los “financieros (STC 6/1991 (Rumasa)). En la 166/1986, de 19 de diciembre, también sobre el caso Rumasa, el Tribunal Constitucional vuelve a indicar que la expropiación forzosa puede aplicarse a todo tipo de derechos e intereses patrimoniales. El destino que se dé a la cosa expropiada no es relevante, pueden ser diversos dentro de unos objetivos generales establecidos en la ley, siempre que sean constitucionales. “Ahora bien, sólo son incluibles en la expropiación aquellos bienes que sirvan a su fin legitimador y ello convierte en injustificada la expropiación de bienes o derechos que no sean estrictamente indispensables al cumplimiento de dicho fin” (STC 166/1986, FJ 13). Y en la 227/1988, sobre la Ley de Aguas Estatal, el Tribunal Constitucional recuerda de nuevo que la garantía expropiatoria alcanza cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial... “entre los que se incluyen, sin duda, los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público” (227/1988, FJ 11)<sup>122</sup>.

Por otro lado también el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de febrero de 1999, (Sala 3ª, Sección 6ª) (sobre la Urbanización Sa Cánova d’Artà ) dispone que cuando se clasifica el suelo como urbano y urbanizable “se incorpora al derecho de propiedad contenidos urbanísticos artificiales que no le son inherentes a su naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística. Pero esta adición de contenidos no se produce pura y simplemente,..., sino en consideración a la participación del propietario en el proceso urbanizador y como contrapartida a los importantes deberes que se le imponen,... y que sólo cuando dichos deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha

---

<sup>121</sup> E. García de Enterría y T.R. Fernández Rodríguez, Curso de Derecho administrativo. Tomo I y II (Madrid: Marcial Pons, 1999).

<sup>122</sup> Asimismo están todas las leyes que regulan profesiones de la Administración Pública, como la Ley 30/1984, referida al anticipo de edad de jubilación de Jueces y Magistrados y el real Decreto-ley 17/1982 sobre la jubilación anticipada de maestros, las cuales el Tribunal Constitucional ha declarado de meras delimitaciones de la propiedad debido a que las limitaciones que se imponen recaen sobre “meras expectativas” (SSTC 108/1986; 99/1987 (jueces), y STC 70/1988 (maestros)). Volveremos a estos aspectos en los apartados siguientes sobre regulación del derecho de propiedad y en el apartado sobre la teoría del no derecho.

incorporado a su patrimonio los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial, pues sólo entonces ha contribuido a hacer posible su ejercicio” (sentencia de 9 de febrero de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 12). Lo que también declara el Tribunal Supremo es que el propietario colabora en la urbanización y que todos los pasos ya realizados en ese sentido, si se para la urbanización, deben ser indemnizados; pero no los derechos que pudiera obtener en el futuro. El propietario tiene pues, primero la obligación de cumplir con el interés general del derecho urbanístico y se le imponen limitaciones y gastos no compensados para tal urbanización, después, si la urbanización se para, se le indemniza sólo por lo que haya realizado en ese sentido. En este caso pues, es objeto de expropiación los derechos ya adquiridos hasta entonces, pero no las meras expectativas (sentencia de 9 de febrero de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 12), ya que como indica el Tribunal Supremo “en modo alguno puede considerarse incorporado a su patrimonio el derecho al valor futuro desde el punto de vista de su explotación turística o urbanística del terreno, como pretende la sociedad recurrente” (sentencia de 9 de febrero de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 11). En este sentido debe señalarse también la sentencia de 9 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (sobre el Parque Natural Albufera de Alcudia, Mallorca). En conclusión, podrá ser objeto de expropiación todos aquellos bienes, derechos e intereses patrimoniales que sean susceptibles de serlo conforme a la LEF, la legislación especial y el artículo 33.3 de la Constitución.

Finalmente, destacamos, como se verá en un apartado posterior, que el Tribunal Constitucional ha declarado que las expectativas no pueden ser objeto de expropiación. El Tribunal en la sentencia 108/1986, sobre el adelanto de la edad de jubilación de los jueces, recuerda que el artículo 386 de la LOPJ define que es expropiable/indemnizable y que de acuerdo con la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de expropiación, teniendo en cuenta que el artículo 386 de la LOPJ no califica como expropiación los derechos o intereses aun no garantizados como derechos subjetivos, no puede ser objeto de expropiación las meras expectativas. Así, en este supuesto el Tribunal estima que la reducción de la edad de jubilación no puede considerarse expropiación porque estamos ante un bien que no es expropiable.

(ii) *Un concepto más amplio de intereses patrimoniales que se aplica a los taking de la misma manera que se aplica al due process clause.*

Tribe opina que no existe ninguna buena razón que impida que una definición más amplia de propiedad privada, incorporando formas intangibles de propiedad, pueda aplicarse en el contexto de los *takings*. Algunas de las decisiones de la Corte Suprema sugieren que este concepto amplio de propiedad sí debe incluirse en el *takings* análisis. De este modo se ha considerado que los datos comerciales en forma de secretos mercantiles difundidos al público a través de una norma estatal podía n ser considerados como bienes susceptibles de indemnización bajo la *takings* clause (*Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, US (1984)); y que el derecho de retención otorgado por una ley de Maine está protegido también por la *takings* clause (*Armstrong v. United States*, US (1960). Asimismo también es derecho de propiedad, bajo la cláusula *takings*, el derecho a excluir a otros de un centro comercial (Singer, 1996)<sup>123</sup> – manifestantes-- de acuerdo con la sentencia *PruneYard Shopping Center v. Robins*, US (1980) (Tribe, 1988: 591)<sup>124</sup>.

Tal y como apuntan Tribe (1985: 591) y Grey (1986: 31)<sup>125</sup> a medida que el enfoque de la cláusula *takings* va de la tierra y de los bienes personales a intereses como el trabajo, el crédito, la información y otros similares; y a medida que la propiedad va pasando a ser considerada menos en términos de simples e individuales dominios a complejos grupos de derechos e intereses, debe tenerse cuidado en evitar que se transfiera a cada parte del fardo de lo que es la propiedad las poderosas connotaciones que tradicionalmente atañen a la total propiedad (“*transferring to each stick in the property bundle the powerful connotations that traditionally attach to full ownership*”) (Grey, 1986: 31).

La Corte Suprema en más de una ocasión ha escrito que la mayoría de personas pueden reconocer

---

<sup>123</sup> J. W. Singer, “No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property”, *Northwest. U. L. Rev.* 90 (1996) 1283-1497.

<sup>124</sup> Este caso trata sobre unos estudiantes que pretenden montar un stand para recoger firmas en defensa de la causa semita en un centro comercial. Los dueños del centro se oponen y alegan el derecho de propiedad y el derecho a excluir a terceros. Los estudiantes se defienden alegando la libertad de expresión. La Corte Suprema, como se verá, permite a los estudiantes seguir ejerciendo ésta siempre y cuando se ajusten a los requisitos – de espacio y tiempo razonables-- que impongan los directivos del centro. El razonamiento gira entorno a que un centro comercial, hoy, en Estados Unidos, tiene más el carácter de un centro público de encuentro – la Corte Suprema incluso lo compara con el ágora—queno de un espacio privado.

<sup>125</sup> T. C. Grey, “The Malthusian Constitution”, *U. Miami L. Rev.* 41 (1986) 21-ss.

una expropiación (*a taking*) cuando lo ven, o por lo menos piensan que pueden. Antes de que se diera la expropiación, un objeto o una parcela de tierra pertenecía a X, quien podía usarlo en un número extenso de formas y quien disfrutaba de protección legal y podía excluir otros y evitar que otros puedan disfrutar de su propiedad sin su permiso. Después de la expropiación, la relación de X con el objeto o tierra se transforma. El propietario ya no puede utilizar su bien de ninguna manera, y otras personas pueden invocar argumentos y mecanismos legales para excluir a X de la misma manera que el podía excluir a otros antes de la expropiación. Como apunta Bruce Ackerman<sup>126</sup> gran parte del derecho constitucional sobre expropiación se basa en este punto de vista tan básico que es discernir que es exactamente una expropiación (un *taking*) (Ackerman, 1978: 167). En los apartados que siguen, vamos a ver, como restricciones mínimas sobre intereses patrimoniales, como lo sería el derecho a excluir a terceros de espacios semi-públicos – como ocurre en el caso *Aetna*<sup>127</sup>--, han acabado considerándose objeto de expropiación en Estados Unidos.

(iii) *En Alemania el objeto de la expropiación, como en España e Italia, no se agota ni se identifica con la definición de dominio que contiene el Código Civil.*

También en Alemania se ha establecido que el concepto constitucional de propiedad del artículo 14 LFB, incluido asimismo en el concepto de expropiación, no se agota ni se identifica con la definición de dominio que contiene el Código Civil (Kimminich, 1995:152)<sup>128</sup>. No existe un concepto absoluto de propiedad constitucional, el legislador ordinario deberá determinar su contenido y límites (Sentencia del tribunal Constitucional Federal 17.11.1966, BVerfGE 20, 355 y ss) de acuerdo con el fin y función que

<sup>126</sup> B. A. Ackerman, *Private Property and the Constitution* (New Haven, USA: Yale University Press, 1978).

<sup>127</sup> En este caso un grupo de propietarios, en Hawai, hicieron un lago navegable y un canal que les permitía el acceso al mar. La Corte Suprema consideró inconstitucional la ley, por no incluir indemnización, que obligaba a los propietarios a permitir el acceso a terceros en el lago privado. En todo caso, decidió la Corte, estaríamos ante un regulatory taking, por lo tanto, si se conculca el derecho de excluir a terceros, debía indemnizar se, concluyó la decisión.

<sup>128</sup> Otto Kimminich, "La propiedad en la Constitución alemana", en J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 151-174.

satisface la propiedad de acuerdo con el contexto de la entera Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 8.7.1976, BVerfGE 42,293). En Alemania, como en España e Italia, no es que se haya ampliado el concepto de propiedad como tal, todo lo contrario, sino el número de objetos constitucionalmente protegidos. Así, el concepto constitucional de propiedad, protegido también con la garantía expropiatoria, comprende todo derecho de contenido patrimonial (Tribunal Constitucional Federal 10.6.1952 (BGHZ 6,270)) distanciándose de esta modo de la noción civil de propiedad del artículo 903 del Cc que sólo se refiere a cosas, a bienes materiales.

La garantía expropiatoria, el derecho de propiedad constitucional, incluye distintos bienes patrimoniales de signo tan diverso como contratos que entrañan obligaciones revocables (BGHZ 26, 248 y BVerfGE 31, 239) y prestaciones pecuniarias de carácter personal (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 28.2.1980, BVerfGE 53,357). En relación a la expropiación legislativa y al objeto de la expropiación el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia de 9 de enero de 1991 precisa que: “Para que exista una expropiación no es necesario que se transfiera el bien; su característica determinante es la privación de la propiedad y la pérdida de patrimonio y de derechos que ello produce, pero no la transferencia del objeto expropiado” (BVerfGE 83, 211).

#### ***1. 4. LAS GARANTÍAS DE LA EXPROPIACIÓN COMO CRITERIOS PARA DIFERENCIARLA DE UNA REGULACIÓN EXCESIVA.***

La Constitución establece garantías específicas en cuanto a la expropiación. Éstas son tres – aparte del respeto al contenido esencial de la propiedad--: “1) un fin de utilidad pública o interés social, o causa expropiandi; 2) el derecho del expropiado a la correspondiente indemnización, y 3) la realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las leyes” (STC 166/1986, FJ 13). El procedimiento legal en la expropiación es una garantía que se establece en beneficio de los ciudadanos y tiene por objeto proteger sus derechos de igualdad y seguridad jurídica para evitar así expropiación discriminatorias o arbitrarias (166/1986, FJ 13).

El Tribunal Constitucional Federal en Alemania, como el español, ha insistido en que cuando se

satisfacen todos los requisitos de la expropiación, “la garantía de conservación del contenido adquirido” (*Bestandsgarantie*) (que se desprende del art. 14.1.1 LFB) se transforma en la garantía del equivalente económico de la propiedad (*Eigentumswertgarantie*) (BVerfGE 24, 397; 35, 361; 56, 260). Aquí queremos insistir en ello: la garantía de la propiedad, en Alemania, y en cualquier otro de los países aquí analizados, se transforma en su equivalente económico cuando se dan todas y cada una de las garantías de la expropiación no antes.

De acuerdo con el artículo 14.3.2 LFB y con la cláusula *Junktimklausel* la ley que expropia, o sirve de base a la expropiación, debe regular al mismo tiempo el tipo y alcance de la indemnización. Un acto administrativo expropiatorio debe realizarse en base a una ley que autorice y legitime la expropiación que sea conforme a la Constitución. A su vez, la ley sólo será constitucional si regula la forma y alcance de la indemnización, sino ésta violaría el art. 14.3.2 LF y sería, por consiguiente, nula (Kimminich, 1995: 168-169)<sup>129</sup>. La ley debe determinar con claridad si la intervención que ésta autoriza sobre la propiedad constituye una expropiación a efectos constitucionales y cuál es la indemnización que estima justificada en conformidad a los intereses de la comunidad y de los afectados (BVerfGE 45, 75).

#### A. LA CAUSA EXPROPIANDI- EL INTERÉS PÚBLICO.

(i) *En España una misma finalidad expropiatoria puede cumplirse con distintos "destinos" del bien expropiado.*

La *causa expropriandi* es el fin de utilidad pública o interés social que en cada caso declarará el legislador de acuerdo con la Constitución. El fin expropiatorio puede cumplirse a través de diversos destinos todos aptos para lograr el fin determinado. Lo importante es el fin expropiatorio no como se lograría ese fin, ello no quiebra la causa expropriandi -- “Ahora bien, sólo son *incluir*es en la

---

<sup>129</sup> O. Kimminich, “La propiedad en la Constitución alemana”, en J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 151-174.

expropiación aquellos bienes que sirvan a su fin legitimador y ello convierte en injustificada la expropiación de bienes o derechos que no sean estrictamente indispensables al cumplimiento de dicho fin”--(STC 166/1986, FJ 13).

La Constitución establece que: la expropiación sólo puede darse si existe “causa justificada de utilidad pública o interés social”. Por utilidad pública la doctrina administrativista<sup>130</sup> ha entendido que son las necesidades de funcionamiento de las diversas actividades y servicios administrativos, incluso en régimen de concesión. En cambio debe calificarse como interés social cualquier tipo de interés prevalente al individual del propietario distinto del supuesto anterior. En este caso los beneficiarios pueden ser: un ente público e incluso un particular, sin ser ni siquiera concesionarios de la Administración (Pérez Luño, 1997: 533)<sup>131</sup>.

La causa expropriandi es el elemento justificador y legitimador del ejercicio de la potestad expropiatoria y funciona como criterio de razonabilidad y proporcionalidad respecto la expropiación (STC 166/1986, FJ 13). De acuerdo con la Constitución las expropiaciones son un instrumento, no un fin; un instrumento para una operación, legitimada constitucionalmente, de los poderes públicos. Ahora bien, las expropiaciones siempre deben motivarse. Por lo tanto, no pueden darse expropiaciones ni arbitrarias ni discrecionales. Tampoco expropiaciones basadas en intereses particulares (STC 166/1986, FJ 13).

Ello exige que entre la causa expropriandi y la determinación de los bienes y derechos que sean objeto de la expropiación deba existir siempre una relación necesaria, dado que tan sólo son *incluibles* en la expropiación aquellos que sirvan a su fin legitimador, y ello convierte en injustificada la expropiación de bienes o derechos que no sean estrictamente indispensables al cumplimiento de dicho fin (STC 166/1986, FJ 13). Por ello la determinación del interés social exige tener en cuenta los criterios constitucionales que concurren en la delimitación del contenido esencial de la propiedad y, en especial del principio de función social, y más si se tiene en cuenta que la expropiación es una garantía a

---

<sup>130</sup> García de Enterría y T.R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho administrativo*. Tomo I y II (Madrid: Marcial Pons, 1999), Fernando Garrido Falla, “Sobre la responsabilidad del Estado legislador”, *RAP* 118 (1989).

<sup>131</sup> A.E. Pérez Luño, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997).



procedimental legal cuyo objeto es proteger la igualdad y la seguridad jurídica (STC 166/1986, FJ 13).

La *causa expropriandi* debe asimismo basarse en la utilidad pública y ser proporcional a los fines de la expropiación (STC 6/1991, FJ 5)<sup>132</sup>. El legislador es el legitimado para definirla (STC 6/1991, FJ 6)<sup>133</sup> de acuerdo con las circunstancias que la utilidad pública requiera en cada momento (STC 6/1991, FJ 7)<sup>134</sup> escribe el Tribunal Constitucional en una de las sentencias sobre el caso Rumasa<sup>135</sup>.

Como ya se ha mencionado, una misma finalidad expropiatoria puede cumplirse con distintos "destinos" del bien expropiado. Ello no excluye que los terrenos de cualquier clase que se expropian por razones urbanísticas deberán ser destinados al fin específico que se estableciese en el Plan correspondiente.

Respecto al destino de propiedad expropiada el artículo 40.1 LRSV dispone que: "los terrenos de cualquier clase que se expropian por razones urbanísticas deberán ser destinados al fin específico que se estableciese en el Plan correspondiente". De todas formas el Tribunal Constitucional mantiene, una

---

<sup>132</sup> STC 6/1991: "lo que se cuestiona es que se haya justificado la concurrencia de aquella utilidad pública en la ocupación, y consiguiente expropiación, de todos los bienes de las sociedades del Grupo Rumasa, manteniendo, a tal efecto, la necesidad de que la especificación de la *causa expropriandi* sea proporcionada a los fines de la expropiación, ya que, si no lo fuera, habría que declarar inconstitucional y nula de pleno derecho la expropiación realizada" (STC 6/1991, FJ 5).

<sup>133</sup> Y recordando los hechos del caso precisamos lo que dispone el Tribunal: "ninguna objeción constitucional en sí misma considerada puede merecer la posibilidad de que el legislador declare la utilidad pública e interés social de ciertos fines a los efectos expropiatorios de determinados bienes y derechos..." (STC 6/1991, FJ 6).

<sup>134</sup> En este caso, como en muchos otros, el Tribunal Constitucional descubre que: "... en la medida, pues, en que la expropiación esté fundada en un fin público o social, ninguna lesión del contenido esencial del derecho de propiedad se producirá, ya que ese contenido no exige, ni conlleva, ineludiblemente, el que la declaración de utilidad pública o interés social se encuentre previa y genéricamente amparada en una Ley general que contenga... las genéricas categorías de "utilidad pública" o "interés social", ya que justamente con su carácter instrumental -y no finalista- no es sino consecuencia de la variabilidad y contingencia de lo que, en cada momento reclama la utilidad pública o el interés social de acuerdo con la dimensión social de la propiedad privada y con los propios principios establecidos e intereses tutelados por la CE" (STC 6/1991, FJ 7).

<sup>135</sup> En este caso, la *causa expropriandi*, que entendemos que se confunde con la función social - como ocurre en la mayoría de los casos-- fue para proteger el orden económico financiero (interés público) y también a otros propietarios-particulares (accionistas-trabajadores,...) (interés particular), en un momento en que las actuaciones del Sr. Ruiz Mateos amenazaban, según el Tribunal Constitucional, este orden a raíz de que no existía una legislación adecuada que lo regulara y limitara (STC 6/1991, FJ 5). Como escribe el Tribunal Constitucional "caso singular que atiende a una situación extraordinaria de grave incidencia en el interés de la comunidad, comprometiendo por el riesgo de la estabilidad del sistema financiero y la preservación de otros intereses, que reclamaron, junto a una acción inmediata que no podía posponerse a la utilización de mecanismos legislativos ordinarios, la actuación global de la técnica expropiatoria"... "la excepcionalidad de la situación creada, comprometedora del sistema financiero,... "objetiva razonabilidad y proporcionalidad de la singularidad de la expropiación, así como de su *causa expropriandi*..." (SSTC 111/1983 y 166/1986)" (STC 6/1991, FJ 5).

vez más (STC 166/1986, FJ 13), que una misma finalidad expropiatoria puede cumplirse con distintos "destinos" del bien expropiado. La norma reproduce, en relación con las expropiaciones por razón de urbanismo, la garantía de vinculación al fin expropiatorio que con carácter general establecía el art. 54 LEF (en su redacción original, de 1954) y ahora contiene el art. 54.1 LEF (en la redacción dada por la Ley 38/1999). La doctrina del Tribunal Constitucional desde la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 6, sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía, afirma que por Ley autonómica pueden establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar y los fines de interés público a que aquélla debe servir. Esta misma doctrina se ha asentado también en las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley 29/1985, de Aguas, FJ 20 b); 17/1990, de 7 de febrero, sobre la Ley canaria 19/1987, de Aguas, FJ 10; 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley 22/1988, de Costas, FJ 3 G) c); 186/1993, de 7 de junio, sobre la Ley extremeña 1/1986, de Regulación de las Dehesas, FJ 2; 319/1993, de 27 de octubre, de nuevo sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía, FJ 4; y 61/1997, de 20 de marzo, FJ 17 f).

De acuerdo con esta doctrina es claro que a cada Comunidad Autónoma corresponde regular los posibles fines de las expropiaciones por razón de urbanismo y, con ello, los usos o destinos del suelo que se consideran compatibles o incompatibles con un mismo fin. De manera que la permanencia o no de la adscripción del bien expropiado al fin que justificó la expropiación, aun mediando un cambio de uso o destino del suelo, dependerá de la propia configuración del fin expropiatorio (y de los destinos en él subsumibles) que lleve a cabo cada Comunidad Autónoma y, en el marco de la regulación de ésta, cada concreto plan<sup>136</sup> (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 40)).

---

<sup>136</sup> Respecto al artículo 40.2 LRSV el Tribunal Constitucional declara que debe distinguirse entre la mención a los supuestos en los que nace el derecho de reversión y sus excepciones. El precepto dispone: "si en virtud de modificación o revisión del planeamiento se alterara el uso que motivó la expropiación procederá la reversión salvo que concurriera alguna de las siguientes circunstancias...". Sobre el cual el Tribunal Constitucional dispone que: La regla general que contiene el precepto (nacimiento del derecho de reversión por cambio de uso en el plan) no merece tacha alguna de inconstitucionalidad. La definición del fin expropiatorio (y por tanto el uso o destino que el plan asigna a cada terreno) corresponde a cada Comunidad Autónoma y, en el marco de la legislación de ésta, a cada Administración con competencia sobre planeamiento urbanístico. La precisión de si un cambio de uso (por las técnicas urbanísticas que disponga cada Comunidad Autónoma) es compatible o no con el fin expropiatorio depende de la propia definición del uso (en especial, de sus tolerancias y compatibilidades) en las regulaciones autonómicas y locales. Sólo cuando conforme con estas regulaciones exista propiamente un cambio de uso que, simultáneamente, suponga un cambio en el fin expropiatorio estaremos ante el nacimiento del derecho reversional (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 41)).

*(ii) El derecho de reversión en España y Alemania.*

La causa expropriandi determina todo el proceso expropiatorio: su inicio, su desarrollo y su consumación e incluso puede llevar a que una vez finalizado éste, se dé la reversión de la expropiación. El artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa (de 16 de diciembre de 1954) reza: “el destino o afectación del bien o derecho expropiado no puede separarse de aquella finalidad, so pena de reversión”. La LEF de 1954, al igual que la LEF de 1879 – y a diferencia de la Ley Cambó de 1918 que sí establecía un plazo de reversión de treinta años posteriores a la expropiación inicial – no estableció plazo alguno para la reversión. La jurisprudencia ordinaria a ello añadió que el derecho de reversión procedía siempre<sup>137</sup>. En 1999, sin embargo, la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999 incorpora en la Disposición Adicional 5ª, cinco nuevas reglas que sustituyen el artículo 54 de la LEF debido a la heterogeneidad de la materia tratada en la Ley. La misma Ley en su exposición de Motivos justifica esta nueva norma en base a una de las sentencias Rumasa, la STC 67/1988, en la que se afirmaba que el derecho de reversión no forma parte de las garantías del art. 33.3 CE, sino que es un derecho de configuración legal.

El Tribunal Constitucional declara que el derecho de reversión no es un derecho reconocido constitucionalmente y además no siempre podrá ser ejercitado (STC 67/1988, FJ 6). García de Enterría duda de que esta afirmación de la sentencia citada pueda ir más allá del caso concreto y especial como lo fue la expropiación de Rumasa, en la que, continúa el autor, la causa de la expropiación fue “el saneamiento del sistema financiero”, “lo que parece excluir la posibilidad de una desafectación de la finalidad expropiatoria” (2001: 266)<sup>138</sup>. Coincidimos con García de Enterría cuando afirma que aunque el Tribunal Constitucional hubiese querido darle un enfoque general a esta afirmación, el derecho de reversión está directamente vinculado al contenido esencial del derecho de propiedad (2000)<sup>139</sup>. También García Luengo<sup>140</sup> y Germán de Castro<sup>141</sup> lo ven de este modo, mientras

---

<sup>137</sup> Y así ocurrieron casos singulares como el acaecido en la Sentencia de revisión de la Sala 3ª de 25 de junio de 1999 en la que se declaró el derecho de reversión de la expropiación para la estación de Arrabal de Zaragoza (ferrocarril Zaragoza-Barcelona) ciento cincuenta años después.

<sup>138</sup> E. García de Enterría, “La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después”, *RAP* 1561 (2001) 251-268.

<sup>139</sup> E. García de Enterría y T-R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo I y II 10ª ed. (Madrid: Civitas, 2000).

que Pérez Luño no<sup>142</sup>. La expropiación debe ser dirigida a fines de utilidad pública o interés general y si éstos no se dan no cabrá expropiación. Siempre queda, además, la posibilidad de iniciar una nueva expropiación ya que el derecho de propiedad, cuando se den los requisitos, es un derecho expropiable. García de Enterría realiza una crítica a la reducción que ha padecido hoy el derecho de reversión, señalando que ello implica una vulneración del espíritu del art. 33.3 CE y más cuando la expropiación ha acabado beneficiando de manera especial a un particular, dejando al propietario inicial sin su derecho de reversión.

El Tribunal Constitucional ha declarado en más de una ocasión que la reversión es un derecho de configuración legal – además, ni siquiera la LEF la establece para todos los casos. Por lo tanto, debemos aceptar que este es un derecho que no se incluye entre las garantías constitucionales contenidas en el artículo 33.3 de la Constitución a pesar de que cuesta asumir que estando la reversión estrechamente ligada a la causa expropiandi ésta no sea parte del derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional lo ha explicado de la siguiente manera: “la reversión está inescindiblemente unida a la causa expropiandi, pero como hay expropiaciones en las que el fin de utilidad pública o interés social puede satisfacerse a través de diversos destinos, no en todo caso a cambio de afectación, e incluso de reprivatización, surge el derecho de reversión, ya que tal cambio de adecuación o tal reprivatización bien puede no implicar el incumplimiento o desaparición de la causa de expropiación. No existe, pues, en nuestro ordenamiento ni una norma constitucional ni una regla legal que imponga para todos los tipos y casos de expropiaciones el derecho de reversión” (STC 67/1987, FJ 6).

Recientemente el Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio matizándolo. La sentencia 164/2001, de 11 de julio, sobre la Ley del Suelo – que responde a un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de las Cortes Generales 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones— confirma de nuevo que el derecho de reversión no forma parte del contenido esencial del artículo 33.3 CE y a ello añade que tal limitación no significa que el Estado no pueda asentar sus condiciones

---

<sup>140</sup> Citado por García de Enterría (2001: 266).

<sup>141</sup> G. De Castro, *Reversión expropiatoria. Una reflexión en la perspectiva civilista* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001).

<sup>142</sup> Pérez Luño, sin embargo, parece aceptar una noción de reversión no vinculada al contenido esencial del derecho de propiedad (A.E. Pérez Luño, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997) 532-533.

básicas<sup>143</sup>. Asimismo entiende que los terrenos de cualquier clase que se expropien por razones urbanísticas deberán ser destinados al fin específico que se estableciese en el Plan correspondiente. Ahora bien, una misma finalidad expropiatoria puede cumplirse con distintos "destinos" del bien expropiado sin que ello dé derecho a reversión. No se dará el derecho de reversión pues si el nuevo uso asignado estuviera adecuadamente justificado y fuera igualmente dotacional público (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 42)). Asimismo, precisa que la norma que establece que el cambio de uso no da derecho a la reversión si el nuevo uso asignado estuviera adecuadamente justificado y fuera igualmente dotacional público es una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 43)) y finalmente concluye que consiste en una delimitación constitucional del derecho de propiedad urbana las normas que establecen que la propietaria sí dispone del derecho de reversión en determinados casos (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 44)).

Consiguientemente, la norma que establece que el cambio de uso no da derecho a la reversión si el nuevo uso asignado estuviera adecuadamente justificado y fuera igualmente dotacional público también es constitucional<sup>144</sup>. Ejemplo de ello es la segunda excepción a la regla general de la reversión

---

<sup>143</sup> Los Diputados recurrentes cuestionan en su totalidad la constitucionalidad del art. 40 LRSV, regulador del derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas. El Tribunal Constitucional asienta que el artículo 33.3 de la Constitución no ha incluido dentro de las garantías constitucionales de la expropiación el derecho de reversión, que es, en consecuencia, un derecho de configuración legal (STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 6). Pero de esta premisa no se sigue, manifiesta el Tribunal, la incompetencia del Estado para regular la reversión expropiatoria. La sentencia declara que la competencia legislativa del Estado sobre expropiación forzosa (art. 149.1.18 CE) no se refiere únicamente a las garantías referidas en el art. 33.3 CE, sino a la institución expropiatoria en su totalidad. Por ello el derecho de reversión es también una de sus posibles garantías legales. Respecto a la distribución de competencias el Tribunal Constitucional dispone que la consideración del derecho de reversión como una posible garantía en la expropiación lleva a que este afirme que, con apoyo a lo ya establecido en la sentencia TC 61/1997, FFJJ 30 y 31, que estamos ante una materia de competencia estatal *ex art.* 149.1.18 CE (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 39)). A juicio del Tribunal la competencia del Estado viene establecida en su competencia de expropiación y no en la que dispone el artículo 149.1.1 CE. El art. 149.1.1 CE sólo se refiere a derechos constitucionales en sentido estricto (STC 61/1997, FJ 7); la facultad reversional no está contenida en el derecho de propiedad sobre el bien expropiado que garantiza el art. 33 CE (STC 67/1988, FJ 6). Por ello de estas dos premisas deriva que el derecho de reversión no es un derecho constitucional susceptible de regulación estatal *ex art.* 149.1.1 CE (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 39)).

<sup>144</sup> La misma ley dispone que a pesar de que en general el cambio de uso da derecho a la reversión, ello queda excluido si "concurriera alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el nuevo uso asignado estuviera adecuadamente justificado y fuera igualmente dotacional público" (art. 40.2 LRSV). El Tribunal Constitucional apunta que si, conforme a la regla general del art. 40.2 LRSV un cambio de uso en el planeamiento deja sin utilidad pública o interés social una expropiación ya ejecutada y hace nacer el derecho de reversión, la letra a) del art. 40.2 LRSV excepciona aquella regla general: permite que un terreno expropiado para un determinado uso urbanístico (dotacional público) sea destinado posteriormente a otro uso urbanístico distinto (también dotacional público) sin que nazca el derecho de reversión. El Tribunal Constitucional subraya que el Estado tiene competencia exclusiva (*ex art.* 149.1.18 CE) para establecer, mediante criterios generales, los supuestos en los que pese a darse variaciones o mutaciones en los fines expropiatorios no hay derecho de reversión. Además, el Estado puede fijar supuestos sectoriales de exclusión del derecho de reversión; cuando aquella exclusión sectorial de la reversión tiene lugar en

establecida por el artículo 40.2 b) LRSV --que dispone que no se dará reversión si: "el uso dotacional que motivó la expropiación hubiese sido efectivamente implantado y mantenido durante ocho años". El Tribunal Constitucional declara la norma constitucional<sup>145</sup> y entiende que estamos ante una modulación especial de una norma general sobre reversión expropiatoria claramente amparada por la competencia exclusiva del Estado sobre expropiación forzosa (art. 149.1.18 CE) (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 43)).

En Alemania el requerimiento del interés público implica que la propiedad que se ha expropiado para tal necesidad pública, si ésta no se lleva a cabo, debe, eventualmente, ser devuelta al propietario original, incluso cuando se pagó indemnización para la expropiación. Currie (1994: 291)<sup>146</sup>, Wendt (1996: 520)<sup>147</sup> y Van der Walt (1999: 149)<sup>148</sup> opinan que ello es la consecuencia lógica de la garantía de

---

materias competenciales autonómicas la regulación sólo puede ser mínima o principal y simplemente moduladora de la regulación general del derecho de reversión. A raíz de estos razonamientos el Tribunal Constitucional concluye que el art. 40.2 a) LRSV está amparado en la competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.18 CE (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 42)). El Tribunal Constitucional recuerda que, el art. 54.2 a) LEF, además, --en su redacción actual-- excluye con carácter general la reversión expropiatoria cuando concurre una nueva causa de utilidad pública o interés social. Ahora bien, la nueva afectación debe ser simultánea a la desafectación respecto del fin expropiatorio, debe acordarse justificadamente y tiene que cumplir con la publicidad a la mutación de fines y con que sean oídos el primitivo dueño o sus causahabientes. Teniendo presente esta regulación general de la garantía reversional el Tribunal Constitucional concluye que la regulación del art. 40.2 a) LRSV es simple singularización de la regulación general del art. 54.2 a) LEF y que por lo tanto es constitucional (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 42)).

<sup>145</sup> Por otro lado, la decisión dispone que consiste una delimitación constitucional del derecho de propiedad urbana las normas que establecen que la propietaria sí dispone del derecho de reversión en determinados casos. Así, el Tribunal Constitucional considera constitucional: El artículo 40.3 LRSV ("Procederá la reversión de los terrenos expropiados para la formación o ampliación del Patrimonio Municipal de Suelo si, como consecuencia de una modificación del planeamiento que no se efectúe en el marco de la revisión de éste, se alteraran los usos, intensidades o aprovechamientos y ello supusiera un incremento de valor de los mismos") (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 44)); el 40.4 LRSV ("Igualmente, procederá la reversión en los supuestos de terrenos incluidos en un ámbito delimitado para su desarrollo por el sistema de expropiación, cuando hubieren transcurrido diez años desde la expropiación sin que la urbanización se hubiera concluido") --además, a juicio del Tribunal Constitucional el art. 40.4 LRSV, al prever que la inejecución de la urbanización hace nacer el derecho de reversión, reproduce una garantía general contenida en el art. 54 LEF (tanto en su redacción de 1954 como en la hoy vigente, de 1999). Esa garantía se modula ahora mediante un plazo concreto: transcurso de diez años sin que se hayan concluido las obras de urbanización que motivaron la expropiación, que es conforme al artículo 33 de la Constitución (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 45)); y el 40.5 LRSV ("el mismo plazo y condición se aplicará en las expropiaciones de terrenos motivadas por el incumplimiento de deberes urbanísticos vinculados al proceso de urbanización") (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 46)).

<sup>146</sup> D.P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago, US/ Londres: University Chicago Press, 1994).

<sup>147</sup> R. Wendt, "Art. 14 (Eigentum, Erbrecht und Enteignung)" en M. Sachs (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (Munich: CH Beck, 1996) 482-582.

<sup>148</sup> A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

la propiedad, que no puede ser equiparada a la garantía del valor de la indemnización (*Wertgarantie*), con lo cual, estamos plenamente de acuerdo. La propietaria tiene derecho a su propiedad como tal y no sólo a su justo valor o indemnización. Por lo tanto, si la necesidad pública en cuestión es abandonada o no se lleva a cabo nunca, la justificación de la expropiación quiebra u la propiedad debe ser devuelta (BVerfGE 38, 175 (1974)).

(iii) *La prohibición Norteamericana de expropiar en beneficio de un interés privado o de un privado.*

A finales del dieciocho, en la decisión *Calder v. Bull*, US (1798), la Corte Suprema en su *dictum* condena, desde el punto de vista de la constitucionalidad, cualquier ley que pretenda quitar la propiedad de A y dársela a B (“*take property from A and give it to B*” (*Calder v. Bull*, US (1789) 386)). En Estados Unidos, desde entonces los principios generales del derecho establecen que ninguna forma de autoridad legal puede emplearse para servir fines privados. La expropiación, la tributación y las regulaciones están intrínsecamente vinculadas al bien público y dependen, para que sean legítimas, en la preservación de tal vinculación<sup>149</sup>.

Tal y como ocurre en España<sup>150</sup>, de acuerdo con la quinta enmienda ésta no sólo exige que se ofrezca una “*just compensation*” si no que además la expropiación se realice de acuerdo con el “*public*

---

<sup>149</sup> El poder de expropiar una propiedad para el bien público, para el dominio público (*eminent domain*) está, en base a la décima enmienda<sup>149</sup>, entre los poderes “reservados a los Estados”. En un principio se dudó sobre si los Estados Unidos, la Federación, disponía de la facultad de expropiar (P. Nichols, *The Law of Eminent domain* (Nueva York, USA: M. Bender, 1964)), pero tal duda quedó del todo desvelada con la sentencia *Kohl v. United States*, US (1875) cuando la Corte Suprema establece que los Estados Unidos pueden ejercer este poder cuando este razonablemente relacionado con sus otros poderes. Por otro lado, y respecto a los estados, los primeros derechos “específicos” pertenecientes al “Bill of Rights” que fueron absorbidos por la decimocuarta enmienda del *due process*<sup>149</sup> fueron los pertenecientes a la quinta enmienda y en concreto el mandato de que la propiedad privada no puede ser expropiada para fines públicos sin que haya indemnización. Así se estableció en *Chicago B & Q.R.R. Co. v. Chicago*, US (1897) cuando la Corte Suprema dictó que los estados estaban obligados a pagar una justa indemnización y en *Missouri v. Nebraska*, US (1896) en el que se mantiene que la propiedad no puede ser expropiada por los estados para fines privados si no sólo con fines públicos.

<sup>150</sup> Aunque sería más correcto decir que en España ocurre tal y como se estableció muchos años antes en Estados Unidos...

use”<sup>151</sup>. El problema reside en decidir cuando estamos ante un uso público, y más, cuando existe una parte de la doctrina – e incluso algunas decisiones de la Corte Suprema-- que defienden que el sólo hecho de que el *government* esté dispuesto a pagar ya demuestra que estamos ante un *public use* (Sullivan, 2001: 480)<sup>152</sup>.

Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria coincide en afirmar que la mera compensación no significa que se obedezca a un interés público<sup>153</sup>. Aclarado este punto cabe plantearse qué es el interés público. A lo largo de la historia de la jurisprudencia norteamericana este concepto ha ido variando (Rose, 1990)<sup>154</sup>. Cuando la Corte Suprema empieza a aplicar este principio en base a la enmienda decimocuarta sobre el proceso debido (*due process*) la verdadera innovación era jurisdiccional, y no substantiva, ya que las expropiaciones para fines privados ya hacía años que se consideraban ilegales; incluso mucho antes de que se considerara que tales expropiaciones violaban la decimocuarta enmienda (Tribe, 1988: 589)<sup>155</sup>. La primera sentencia que mantiene que una expropiación gubernamental viola la enmienda decimocuarta sobre el proceso debido, el *due process*, si se realiza con un fin privado es la *Pac. Ry. v. Nebraska*, US (1896). En ella la Corte dispone que *compensation cannot cure unconstitutionality of such a taking*. Es decir, ni que se otorgue la indemnización, si la expropiación se realiza en base a intereses privados se considerará inconstitucional.

En un inicio el requerimiento de indemnización justa (*just compensation*) expresado contra el Gobierno federal en la quinta enmienda y aplicada contra los Estados a través de la cláusula del proceso debido de la decimocuarta enmienda, sobre todo a partir de la sentencia *Chicago, Burlington & Quincy Ry. v. Chicago*, US (1897), cuajó sólo después de que quedó claro que una expropiación era legítima sólo si servía a un interés público. Asimismo, en 1967, la Corte Suprema dispone que la prohibición de

---

<sup>151</sup> Vid.: D. R. Mandelker, G. Hylton, D. Callies y P. Franzese, *Property Law and the Public Interest* (Nueva York, USA: Lexis Law Publishing, 1998).

<sup>152</sup> K.L. Sullivan y G. Gunther, *Constitutional Law*, 14ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 2001).

<sup>153</sup> Vid.: L. Berger, “The Public use Requirement in Eminent domain”, *Oreg. L. Rev.* 57 (1978) 203-246.

<sup>154</sup> Vid.: B. A. Ackerman, *Private Property and the Constitution* (New Haven, USA: Yale University Press, 1978); C. M. Rose, “Property Rights, Regulatory Regimes and the New Takings Jurisprudence --An Evolutionary Approach”, *Tenn. L. Rev.* 57 (1990) 577-594; y L. Berger, “The Public use Requirement in Eminent domain”, *Oreg. L. Rev.* 57 (1978) 203-246.

<sup>155</sup> L.H. Tribe, *American Constitutional Law* 2ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 1988).



expropiar propiedad privada para fines públicos sin que se otorgue indemnización no permite las confiscaciones no compensadas vinculando al poder judicial, el ejecutivo y el legislativo (*Hughes v. Washington*, USA (1967) 290-298)<sup>156</sup>. Si el interés público, el *public purpose*, estaba ausente ninguna indemnización sería suficiente, la expropiación debía calificarse como inconstitucional (Tribe, 1988: 589 y Meidinger, 1980)<sup>157</sup>.

En 1922, sin embargo, estos principios, tan claros, empiezan a tambalearse. Más de una oscura decisión apunta que determinadas acciones que beneficiaban intereses particulares redundaban, de hecho, en el interés público. En estos casos la Corte Suprema mantiene que el hecho que los poderes públicos estén dispuestos a pagar, expresado a través del proceso legislativo, es una prueba de que el público ha sido el beneficiario de la expropiación y que no estamos ante, lo que por cierto parecía, una transferencia de propiedad de un propietario o clase a otros; lo cual estaría del todo prohibido. Nos referimos a la básica sentencia *Pennsylvania Coal v. Mahon*, USA (1922) que comentaremos más adelante con más detalle. De momento aquí tan sólo apuntamos que la Corte Suprema consideró una expropiación sin compensación, por lo tanto inconstitucional, la norma del Estado de Pennsylvania que pretendía imponer la prohibición sobre las compañías de minas de carbón --que se extienden bajo la ciudad de Pennsylvania hasta puntos inconcebibles-- de realizar actividades mineras que pudieran afectar las estructuras --edificios sobre todo-- de la superficie, cuando éstas compañías habían vendido la superficie de las propiedades donde se ubicaban sus minas pero mantenían el derecho a causar daños colaterales a la superficie<sup>158</sup>.

Más adelante el Estado de Pennsylvania volvió a intentar limitar los vastos poderes de las compañías mineras y las disposiciones al efecto fueron analizadas en la decisión de la Corte Suprema *Keystone Bituminous Coal Assn. v. DeBenedictis*, US (1987). En este caso la Corte Suprema declara que la sentencia *Mahon* sólo se había dictado para beneficiar a una de las partes privadas y destaca la importancia del interés público de conservar, asegurar y preservar el valor de la propiedad por razones

---

<sup>156</sup> Vid.: S. A. Siegel, "Understanding the Nineteenth Century Contract Clause: The Role of the Property-Privilege Distinction and "Takings" Clause Jurisprudence", *S. Cal. L. Rev.* 60 (1986) 29-ss.

<sup>157</sup> E. E. Meidinger, "The 'Public uses' of Eminent domain: History and Policy", *Env. Law* 11 (1980) 1-66.

<sup>158</sup> Debe recordarse que en esa ciudad la riqueza minera es tal que los propietarios de terrenos urbanos o no sólo disfrutaban y pueden adquirir su superficie, el resto, casi toda la ciudad, más allá de la superficie, pertenece a las compañías mineras.

fiscales. Al hacerlo, según Tribe, *Keystone* (1987) refuerza la noción de que el requerimiento de indemnización ahora parece jugar un rol adicional ya que garantiza en casos ambiguos que realmente se está sirviendo un interés público (1985: 589).

Alrededor de los años cincuenta, del siglo veinte, el requerimiento de indemnización sigue subrogado al interés público aunque su función no queda aquí, si la intención de pagar por parte de los poderes públicos se ha establecido, o si la ganancia por parte del público de la apropiación de una propiedad particular se ha establecido independientemente, casi no se exige nada más. Ello ocurre a pesar de que la Corte Suprema se reserva teóricamente el poder de invalidar una expropiación si se considera que no es suficientemente pública incluso cuando se haya otorgado indemnización. En la práctica desde la primera mitad del siglo veinte ha sido tratar como una función legislativa la decisión de determinar que tipo de expropiación se considera para un fin público (*TVA v. Welch*, US (1946)).

En los ochenta la Corte Suprema define los conceptos de *public use* y *public purpose* ampliamente y considera que su definición es cosa de los “*sovereign's police powers*”. Ejemplo de ello lo es la sentencia *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, USA (1984) en la que se discute sobre la *Hawaii Land Reform Act's* (Ley de Reforma de la Tierra en Hawaii) que determina como dominio público el derecho de los propietarios de hogares que tengan alquileres a largo plazo a comprar sus parcelas, donde se ubican sus hogares. En este caso la Corte Suprema establece que la Ley responde a un interés público válido.

La sentencia *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, US (1984) analiza las provisiones de la Ley federal que autoriza a la Agencia de Protección Medioambiental (EPA) a difundir secretos comerciales corporativos (*corporate trade secrets*) a competidores en las solicitudes de licencias y entiende que tal difusión prueba que la compensación está basada en un interés público. Anteriormente la decisión *Berman v. Parker*, US (1954) ya había mantenido que una ley que autorizaba al Gobierno a tomar propiedad privada sobre tierras y vender ésta a una compañía privada que la administre y la desarrollo para mejorar el uso privado era constitucional; y en los setenta la decisión *Azeri v. Turner Elkhorn Mining Co.*, US (1976) muestra que los estados disponen de un amplio margen para decidir que debe entenderse por bien económico: “*legislation readjusting rights and burdens is not unlawful solely because upsets otherwise settled expectations ... This is true even though the effect of legislation is to impose a new duty or liability based on past acts*”. En esta sentencia la Corte Suprema considera constitucional una ley federal que requiere a los operadores de explotaciones mineras compensar a sus ex trabajadores

afectados por enfermedades de pulmón producidos por sus años trabajando en la mina, a pesar de que ya no trabajen para tal compañía y ni que nunca hayan contratado un sistema de seguros en ese sentido.

En consecuencia, no es extraño, que en la sentencia *Connolly v. Pension Benefit Guaranty Corp*, US (1986), volviendo a los años ochenta, la Corte unánimemente considere constitucional la legislación federal que requiere a la empresaria pagar al trabajador que deje un plan de pensiones de multiempleo pagar una cantidad determinada y proporcional al tiempo y dinero que haya aportado el empleado a pesar de que ello excede las obligaciones a que se había comprometido la empresaria. En este caso realizó el siguiente razonamiento: “such interference with the property rights of an employer arises from a public program that adjusts the benefits and burdens of economic life and, under our cases, does not constitute a taking” (*Connolly v. Pension Benefit Guaranty Corp*, US (1986) 1026). Así, fue suficiente, escribe Tribe (1985: 590), que el Gobierno federal no tomara nada para su propio uso (“*had nothing for its own use*”), y apenas imponga una obligación contractual adicional de tipo regulador, y añade: “*We are far from persuaded that fairness and justice require the public rather than the withdrawing employers and other parties to pension plan agreements, to shoulder the responsibility for rescuing plans that are in financial trouble*” (*Connolly v. Pension Benefit Guaranty Corp*, US (1986) 1027).

De la jurisprudencia descrita se desprende que, en Estados Unidos, el requerimiento del uso público se interpreta de forma extensa, caben todos los propósitos públicos constitucionalmente legitimados (*general public-purposes requirement*). El public use requirement no debe interpretarse ni de manera restrictiva ni literalmente (Van der Walt, 1999: 424)<sup>159</sup>. Rubinfeld opina que si se interpretara el public use requirement de manera restrictiva excluiría un número amplio de takings cuando la propiedad no se pusiera exactamente al servicio de un uso público (1993: 1077-1163)<sup>160</sup>.

A pesar de que la cláusula de los takings prevé que la propiedad no puede ser expropiada para el uso público sin indemnización, la Corte Suprema ha interpretado la frase “public use” como para fines públicos (for public purposes). Esto significa que la cláusula del uso público debe ser interpretada y

---

<sup>159</sup> A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

<sup>160</sup> J. Rubinfeld, “Usings”, *Yale L.J.* 102 (1993)1077-1163.

aplicada como un requerimiento para la legitimidad y validez de los takings en general, como un hecho preeliminar a la aplicación del requerimiento de la indemnización justa. Este requerimiento es analizado, como ya se ha dicho, en la *Hawai Housing Authority v. Midkiff* (467 US 229 (1984) 239 (10))<sup>161</sup> por la Juez O' Connor que manifiesta que el requerimiento debe ir ligado al alcance del poder de regular (240 (10)). En este caso la Corte Suprema concluye que una expropiación realizada con el fin de provocar una eventual redistribución de la tierra en beneficio de otros propietarios está justificada por el requerimiento del uso público si éste forma parte de un programa amplio de reforma de la tierra que se hace, en si mismo, en beneficio del interés público (en este caso se pretende romper el oligopolio en el mercado de la tierra)<sup>162</sup>.

La Ley de Reforma de la Tierra de Hawai de 1967 (*The Hawai Land Reform Act 1967*), creó un esquema expropiatorio en el que el título de la propiedad pasaba de los arrendatarios a los arrendadores con el fin de reducir la concentración de la propiedad de la tierra en un número reducido de manos<sup>163</sup>. Los recurrentes, propietarios de las tierras, consideraron que la Ley era inconstitucional<sup>164</sup>. La Corte Suprema decide que la Ley no vulnera el requerimiento del public-use de la Quinta Enmienda ya que interpreta que expropiar con el fin de redistribuir es legítimo<sup>165</sup>. La Corte Suprema, después de reconocer que existe un desequilibrio en la propiedad de la tierra<sup>166</sup>, reitera la opinión mantenida en

---

<sup>161</sup> Para un análisis extenso de esta decisión vean: L. Berger, "The Public use Requirement in Eminent domain", *Oreg. L. Rev.* 57 (1978) 203-246; M. Taggart, "Expropitaion, Public Purpose and the Constitution" en C. Forsyth y I. Hare (eds.), *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* (Oxford, UK: Clarendon Press, 1998) 91-112; E. E. Meidinger, "The 'Public uses' of Eminent domain: History and Policy", *Env. Law* 11 (1980) 1-66. y B.F. Melton, "Eminent domain, 'Public use', and the Conundrum of Original Intent", *Nat. Resorc. J.* 36 (1996) 59-85.

<sup>162</sup> 241 (10): "where the exercise of the eminent domain power is rationally related to a conceivable public purpose, the Court has never held a compensated taking to be proscribed by the Public use Clause".

<sup>163</sup> La Ley permitía que los arrendatarios viviendo en lotes de unidades familiares residenciales en parcelas de por lo menos cinco acres podían pedir a la Hawai Housing Authority que condenara la propiedad donde ellos vivían. Entonces la Autoridad podía determinar si hacerlo promovería los propósitos de la Ley, y que si así lo hiciera, la tierra podría ser adquirida por un precio establecido a través de negociaciones o en un condemnation trial y después ser vendido a los arrendadores.

<sup>164</sup> La Federal District Court declaró que los aspectos redistributivos de la Ley eran constitucionales, pero la Court of Appeals decidió que la Ley violaba el public use requirement de la Quinta Enmienda. Finalmente, la Corte Suprema, per O' Connor J, revertió (reversed) la decisión de la Court of Appeals.

<sup>165</sup> Veán las críticas a esta sentencia de J. L. Sax, "Property Rights and the Economy of Nature: Understanding *Lucas v. South Carolina Coastal Council*", *Stan. L. Rev.* 45 (1993) 1433-1456.

<sup>166</sup> La Juez O' Connor establece el background histórico al inicio de la opinión mayoritaria.

*Berman v. Parker* (348 US (1954)) en que se afirmaba que el legislador es el m1ximo guardi1n de las necesidades p1blicas que deben ser servidos por la legislaci3n social, y que el legislador tiene que decidir si 3stas medidas encajan para servir los intereses p1blicos. La Corte Suprema precisa que no va a juzgar los criterios utilizados por el legislador a menos que sean palpablemente irrazonables (“*unless the use is palpably without reasonable foundation*” (241 (10))<sup>167</sup>. Sin embargo, incluso si los derechos de propiedad se han expropiado o afectado a trav3s de un acto demostrablemente corrupto o irracional, la protecci3n de los nuevos derechos que fueron establecidos subsiguientemente es considerado importante para sostener que la posici3n actualmente reflectada en los t1tulos existentes (*Fletcher v. Peck* 10 US (6 Cranch) 87 (1810) (Alexander, 1997: 188-ss)<sup>168</sup>).

Como ya afirmamos en un inicio la propiedad no puede expropiarse en beneficio de otro particular sin que exista un prop3sito p1blico que lo justifique. Sin embargo, si el poder de expropiar est1 “racionalmente relacionado con un prop3sito p1blico”, no aparece ning1n problema (241 (10)). La Corte Suprema en el caso que estamos analizando sostuvo que la expropiaci3n no era inconstitucional, ni vulneraba el requisito del public use si el prop3sito de la Ley era leg1timo y los medios escogidos para 3stos no eran irracionales (243 (12, 13)). El simple hecho que terceros, particulares, pudieran beneficiarse del proceso no significa que la expropiaci3n no sirva al inter3s p1blico. En casos como este el prop3sito de la Ley tiene que ser escrutinado y no los mecanismos de la Ley.

En *Nollan v. California Coastal Comisi3n* (483 US 825 (1987)) y en *Dolan v. City of Tigard* (114 S Ct 2309 (1994)) la Corte Suprema establece que la agencia estatal no puede emplear sus poderes de regular para imponer condiciones, como que ciertos derechos, ciertas tierras, ser1n dedicadas al p1blico. Este principio se mantiene a pesar de que hubiese sido posible expropiar directamente. En estos casos lo que ocurr1a es que se les dec1a a los propietarios que si quer1an ampliar sus casas deb1an ceder una parte de sus terrenos al uso y disfrute p1blico. Estas regulaciones se consideraron inconstitucionales porque la Corte estim3 que deb1a haber un nexo racional entre la condici3n y la promoci3n de un inter3s p1blico, y el sacrificio de la p3rdida impuesta por la condici3n que no fuera

---

<sup>167</sup> Esta afirmaci3n (241 (10)) la Corte Suprema la realiza en base a lo mantenido en *United States v. Gettysburg Electric Railway Co* (160 US 668 (1896)).

<sup>168</sup> G.S. Alexander, *Commodity & Property: Competing Visions of Property in American Legal Thought 1776-1970* (Chicago, USA: University of Chicago Press, 1997).

desproporcionado en relación al beneficio que implicaba la condición que aquí se considera ausente.

*(iv) La definición de “bien común” o interés general en Alemania.*

En Alemania, Italia, España y Estados Unidos la expropiación coincide con especial énfasis en un punto: sólo puede expropiarse en base al bien común o interés general, la causa expropriandi está presente en los cuatro países. En Alemania en concreto el artículo 14.3.1 LFB establece que “La expropiación sólo es lícita para satisfacer el bien común”, o interés público (depende de la traducción a la que se acuda). Además, como en España, en Alemania existe la reserva legal para la definición de expropiación. La definición legal de la causa expropriandi en ningún caso significa, claro está, que se cumpla con el requisito del “bien común”. La doctrina dominante defiende que este es un concepto revisable jurisdiccionalmente. La Administración expropiante no tiene atribuido un margen libre de apreciación, los tribunales pueden revisar si el bien común justifica la expropiación (Papier, 1990)<sup>169</sup>. Existen leyes que de forma expresa definen los fines o causas de expropiar que sirven genéricamente al bien común pero, incluso en este caso, deberá probarse que realmente existe. Tampoco existe una noción de “bien común” aplicable a todos los casos (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 24, 403; 38, 180; 56, 261; 74, 285). Éste debe definirse de acuerdo con la doctrina llamada “teoría de los fines del Estado” (*Staatswercktheorie*) (Sentencia del Tribunal Administrativo Federal 18.8.1964 (BVerwGE 19, 171)<sup>170</sup> (Kimminich, 1995: 168))<sup>171</sup>.

No puede confundirse el bien común con los “intereses públicos”. Sólo un interés público que desde un punto de vista objetivo y material sea superior puede satisfacer el bien común y justificar la expropiación (BVerwGE 4, 185). Ello deberá hacerse en base al principio de proporcionalidad. Ahora

---

<sup>169</sup> H-J Papier, “Art. 14”, en T. Maunz, G. Dürig et al (eds), *Grundgesetz Kommentar* (Munich : CH Bech, 1990).

<sup>170</sup> Esta decisión dispone que el concepto de bien común que contiene el art. 14.3 LF “se concreta en las disposiciones legislativas correspondientes”.

<sup>171</sup> O. Kimminich, “La propiedad en la Constitución alemana”, en J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 151-174.

bien, el principio de proporcionalidad no es un requisito adicional o específico de la expropiación, sino, un elemento que ha de tenerse en cuenta en el examen del “bien común”. Kimminich opina que la incorporación del principio de proporcionalidad al juicio para resolver la procedencia de la expropiación deriva de la propia garantía constitucional de la propiedad. La expropiación será ilícita cuando pueda alcanzarse la finalidad perseguida recurriendo a otro medio que afecte de un modo menos gravoso a los derechos de los particulares, y, a través del cual, no se dificulte de forma irrazonable la consecución del objetivo al que se dirige la expropiación (1995: 168).

Currie (1994: 291)<sup>172</sup>, Van der Walt (1999: 147)<sup>173</sup> y Wendt (1996: 516)<sup>174</sup> opinan que el requerimiento del interés público en cuestión debe ser más relevante que la seguridad del derecho de propiedad individual en cuestión, siempre y cuando se satisfagan, además, los requerimientos establecidos en el art. 14.3 LF. Los tribunales han interpretado el requerimiento del interés público de la siguiente forma: la expropiación tiene que ser el único camino posible (la ultima ratio) para satisfacer la necesidad pública, el interés general, de acuerdo con el principio de proporcionalidad; la expropiación tiene que ser estrictamente necesaria para satisfacer tal necesidad (Papier, 1990: 470; Badura, 1994: 365<sup>175</sup>; Kimminich, 1995: 388<sup>176</sup>; Wendt, 1996: 519; Currie, 1994: 292 y Van der Walt, 1999: 147).

En 1981, el Tribunal Constitucional Federal alemán, y en concreto el Juez Böhmer, en el voto particular concurrente, realiza un análisis clave para la comprensión del interés público del art. 14.3 LF en Alemania que aquí resumimos de forma esquemática (BVerfGE 56, 249, caso *Dürkheimer Gondelbahn* (1981)). Sus argumentos establecen que: (i) el requerimiento del interés público significa

---

<sup>172</sup> D.P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago, US/ Londres: University Chicago Press, 1994).

<sup>173</sup> A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

<sup>174</sup> R. Wendt, “Art. 14 (Eigentum, Erbrecht und Enteignung)” en M. Sachs (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (Munich: CH Beck, 1996) 482-582.

<sup>175</sup> P. Badura, “Eigentum”, en E. Benda, W. Maihofer y H-J. Vogel (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* 2ª ed rev. (Berlín/ Nueva York: Walter de Gruyter, 1994).

<sup>176</sup> O. Kimminich, “Art. 14”, en R. Dolzer (ed.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Heidelberg: CF Müller Verlag, 1995).

que la expropiación tiene que ser estrictamente necesaria para un deber público que se haya asumido. (ii) No cada acción pública que sirva el interés público general o que beneficie al “público” en algún sentido es necesariamente un interés público conforme al art. 14.3.1 LF. (iii) El requerimiento de interés público del art. 14.3.1. (*zum Whole der Allgemeinheit*) es una categoría restringida que se refiere a la noción de “necesidad pública, general”; y tiene que ser diferenciada de la categoría más ampliada de “interés público” (*Interesen der Allgemeinheit*) mencionada en el artículo 14.3.3 LF. La principal diferencia entre ambas categorías reside en que el requerimiento estricto del art. 14.3.1 está dirigida a la protección de intereses individuales, mientras que la terminología más amplia del requerimiento del artículo 14.3.3 está dirigida a proteger el interés público, general. (iv) El interés público, general, mencionado en el artículo 14.3.1 debe distinguirse de la misma terminología utilizada en el artículo 14.2 LF, por la misma razón.

Las diferencias entre estas tres referencias al interés público en el art. 14 LF se obvian en muchas de las traducciones de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, sobre todo en las traducciones al inglés, en las que se utiliza en todo caso “*public interest*”, pero ello, en ningún caso, implica que el “*public interest*” en cada una de las frases en que se menciona en el artículo 14 LF signifique lo mismo.

Los argumentos del Juez Böhmer (voto particular concurrente de la sentencia BVerfGE 56, 249, caso *Dürkheimer Gondelbahn* (1981)) se basan en decisiones en las cuales en las que se afirmaba que el interés público que justifica una específica expropiación tiene que ser suficientemente importante para justificar la extraordinaria molestia al balance constitucional normal entre los intereses del individuo y los de la sociedad, y para someter los del individuo a aquellos de la sociedad<sup>177</sup>. Este no es obviamente, continúa el Juez, el significado que tiene que ser atribuido al requerimiento del interés público del art. 14.3.2 LF. El significado del *public interest* del artículo es asegurar que el interés público es tomado en cuenta cuando se calcula una indemnización justa. En la sección 14.3.1 LF, el requerimiento del interés público restringe el alcance de las expropiaciones, en beneficio de los propietarios, a lo que es estrictamente necesario. En la sección 14.3.2 LF el mismo requerimiento restringe la medida de la indemnización, en base al interés general, público, a lo que es justo.

---

<sup>177</sup> Al efecto comparen el caso BVerfGE 24, 367, caso *Deichordnung* (1968) 404, con el BVerfGE 74, 264, caso *Boxberg* (1986) 296.



En suma, el requerimiento del interés público, general, implica que las expropiación no pueden ser llevadas a cabo para fines impropios, como lo sería la mejora de la comunidad, en general, o el aumento de la propiedad estatal (BVerfGE 38, 175 (1974) 180) o para beneficiar a un tercero, un privado. Ello no significa que no sea posible que un privado acabe beneficiándose de la expropiación, siempre y cuándo ésta sea constitucionalmente válida y que se haya llevado a cabo en beneficio del interés general, público y a raíz de una necesidad pública y no solamente para satisfacer una ganancia personal (Currie, 1994: 292; Badura, 1994: 365; Kimminich, 1995: 378<sup>178</sup>; Wendt, 1996: 519 y Van der Walt, 1999: 148). El típico ejemplo es el caso de un propietario que es expropiado para que pase una red eléctrica y un particular que se acaba beneficiando porque consigue el contrato para realizar tal instalación. Ni que el que obtiene el contrato para instalar la red se beneficie es claro que la expropiación se realizó para beneficiar y en base a una necesidad pública<sup>179</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal no siempre ha sido tan desprendido en sus valoraciones y los posibles beneficios “indirectos” de los particulares. En el caso *Dürkheimer Gondelbahn* (BVerfGE 56, 249 (1981)) se declaran inconstitucionales las expropiaciones para la instalación de un sistema de cable para coches, que suponía claramente un negocio para unos, a pesar de que el desarrollo de este sistema hubiese supuesto un beneficio importante para otros y para el sistema de transporte público en general. Asimismo en el caso *Boxberg* (1986) el mismo Tribunal Constitucional Federal mantiene que las expropiaciones para facilitar el establecimiento de un campo de pruebas para una compañía de *moto-cars* eran inconstitucionales, a pesar de que la instalación del campo, y el desarrollo que conlleva, hubiese creado muchos trabajos, que entonces, eran de gran necesidad, reconoce la Corte, en la zona y hubiesen beneficiado a toda la región (BVerfGE 74, 264).

En cambio, con anterioridad se habían estimado constitucionales las expropiaciones llevadas a cabo para proveer electricidad a pesar de que las instalaciones y servicios se habían otorgado, en base a un contrato, a una compañía privada, que obviamente iba a beneficiarse de la expropiación y del contrato (BVerfGE 66, 248 (1984)).

---

<sup>178</sup> O. Kimminich, “Art. 14”, en R. Dolzer (ed.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Heidelberg: CF Müller Verlag, 1995).

<sup>179</sup> Para más detalles y ejemplos comparen los casos: BVerfGE 56, 249, caso *Dürkheimer Gondelbahn* (1981); BVerfGE

## *B. LA INDEMNIZACIÓN.*

### *(i) El reconocimiento constitucional de la indemnización.*

La Constitución de 1978, a diferencia de la de 1931 --que permitía la no indemnización si así lo disponía una "ley aprobada por la mayoría absoluta de las Cortes"-- reconoce el derecho a una indemnización en todos los casos sin excepción alguna, siempre que estemos ante una expropiación, claro está. De ahí que algunos autores, entre ellos Satrústegui, afirmen que "Por consiguiente, parece inevitable concluir que la indemnización es exigible no sólo en las expropiaciones singulares, sino también en las nacionalizaciones a que se refiere el art. 128 de la CE" (Satrústegui, 1997: 401)<sup>180</sup>. Ahora bien, esta última tesis debe analizarse minuciosamente y respecto a ella debería establecerse su alcance. A modo introductorio también apuntamos que la Constitución además, y por otro lado, no exige un previo pago de la indemnización como se comprobará en el análisis de la jurisprudencia constitucional al respecto.

La definición del concepto de indemnización ha conllevado problemas como es de imaginar. De entrada, muchos propietarios a los que se está expropiando no están satisfechos con la expropiación. El Tribunal Constitucional ha ido matizando el concepto de indemnización que ha realizado el legislador. Díez- Picazo apunta que a la idea de indemnización del artículo 33.3, cabe asignarle desde el punto de vista teórico un triple papel: a) el resarcimiento del daño causado por el sacrificio impuesto al propietario, que a su juicio sería la idea más concorde con la noción indemnización y que implicaría una evaluación del daño real y asignaría a la figura un papel de resarcimiento. b) aquel que relaciona la indemnización expropiatoria con la idea de enriquecimiento y de restitución del enriquecimiento. Esta idea es parcialmente coincidente con la anterior, pero puede ser en muchos casos parcialmente

---

66, 248 (1984); y BVerfGE 74, 264, caso Boxberg (1986).

<sup>180</sup> M. Satrústegui, "Derechos de ámbito económico y social", propiedad privada. 395-418 a L. López Guerra, et al., *Derecho Constitucional*, vol. I (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997).

distinta ya que en este caso el beneficiado de la expropiación puede que no sea la entidad expropiante, sino un tercero o un conjunto de terceros. Puede serlo también por la no necesaria coincidencia del valor que el sacrificio tenía en el patrimonio anterior y el valor que adquiere ingresando en el patrimonio de destino. c) y tenemos también una tercera línea que apunta hacia las ideas de <<equivalente>> y <<contraprestación>>. De acuerdo con ellas se trataría de fijar un valor económico que funcionaría como contraprestación del valor transferido” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1269)<sup>181</sup>.

Este autor defiende, coincidiendo con la STC 111/1983, de 2 de diciembre, que la idea de equivalente respecto a la indemnización es la más adecuada. Ello no significa, precisa, excluir la posibilidad constitucional del juego funcional de los otros tipos de indemnización en algunos casos que requieran justificación especial (1991: 1270). Y más adelante matiza que “respecto de algún tipo de ablación, es claro que la indemnización puede ponerse a cargo de los beneficiarios y relacionarse con el beneficio recibido o que pueda determinar una redistribución de las cargas, de acuerdo con las líneas que inspiran nuestra legislación urbanística, que, en términos generales, me parece conciliable con la Constitución” (1991: 1270).

El Tribunal Constitucional en la sentencia 164/2001, de 11 de julio (FJ 37) confirma una vez más lo que ya se estableció en muchas otras decisiones, en general, el pago de la expropiación deberá hacerse en dinero. Y, si hay consentimiento con el propietario puede hacerse en especies (permutando un terreno por otro), pero sólo si hay consentimiento con el propietario.

*(ii) El momento de otorgar la indemnización.*

En la sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, sobre el caso Rumasa, el Tribunal Constitucional

---

<sup>181</sup> L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

dispone que no es preciso que esta se pague con anterioridad a la expropiación. Díez- Picazo opina que la indemnización debe pagarse en dinero y en el momento de llevarse a cabo el sacrificio (1991: 1270). En nuestro ordenamiento, y de acuerdo con la redacción que finalmente se otorgó a la Constitución de 1978, la indemnización no tiene porque ser previa. Durante los trabajos preparatorios de la Constitución hubo cierta polémica al respecto – ya que varios ponentes defendían la exigencia de previa indemnización—pero finalmente se optó por incluir la expresión “mediante la correspondiente indemnización”. Ahora bien, tal y como apunta Díez-Picazo, las funciones asignadas a la expropiación y a la indemnización, exigen una relación temporalmente directa entre el momento expropiatorio y el indemnizatorio, porque la demora, opina el autor, haría incumplir esas funciones (1991: 1270).

El Tribunal Constitucional confirma esta lectura del artículo 33.3 CE en la sentencia 166/1986, de 19 de diciembre: “la indemnización al expropiado puede configurarse como requisito previo a la expropiación, cuya falta de cumplimiento impide la ocupación de los bienes y derechos objeto de la expropiación, o como consecuencia y efecto de ésta, que concede al expropiado el derecho a ser resarcido del bien expropiado, después de que dicha expropiación se haya consumado” (STC 166/1986, FJ 13). Y en este caso se considera que no es inconstitucional la ley que relega el pago de la indemnización a la última fase del procedimiento expropiatorio, como sucede en las llamadas expropiaciones urgentes (STC 166/1986, FJ 13).

El carácter no previo de la indemnización sigue siendo objeto de debate. Eduardo García de Enterría y T.R. Fernández (1999: 271-285)<sup>182</sup> reprueban esta doctrina del Tribunal Constitucional – sentada a partir de la STC 166/1986– y opinan que la regla constitucional exige una “previa” indemnización en todos los casos menos en el supuesto de: requisas, ocupaciones temporales, las expropiaciones legislativas singulares y las expropiaciones urgentes. Para algunos autores que no se indemnice previamente equivale a convertir la expropiación en una confiscación. Para otros, el carácter no previo hace viable la expropiación, como garantía y como instrumento de los entes públicos para lograr objetivos que respondan al interés social de acuerdo con la Constitución.

---

<sup>182</sup> E. García de Enterría y T.R. Fernández Rodríguez, Curso de Derecho administrativo. Tomo I y II (Madrid: Marcial Pons, 1999).

Pérez Luño cree que la redacción que finalmente se otorgó al artículo 33.3 CE se hizo para evitar permanecer en el *statu quo* anterior pero sin caer en la fórmula del artículo 44.2 de la Constitución de la II República española que disponía que en principio correspondía indemnización a menos que las Cortes, a través de una ley aprobada con mayoría absoluta, dispusiera otra cosa (1997: 534)<sup>183</sup> destruyendo así, y a nuestro entender, el derecho de propiedad. De los Mozos, en cambio critica el redactado final del artículo 33.3 CE y apunta que se trata de una desconstitucionalización abierta del derecho de propiedad privada (1993: 211)<sup>184</sup>.

(iii) *La fijación de la cuantía de la indemnización. ¿Cuál es el precio del bien expropiado? ¿el del mercado? ¿con qué se paga la indemnización? ¿puede pagarse con bienes o trueques en vez de con dinero? ¿con qué condiciones?*

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 164/2001, de 11 de julio, que responde a un recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de las Cortes Generales 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones expone que el pago de la expropiación deberá hacerse en dinero. Si hay consentimiento con el propietario puede hacerse en especies --permutando un terreno por otro<sup>185</sup>--, pero sólo si hay consentimiento con el propietario. En general, la doctrina y el mismo Tribunal Constitucional han seguido este criterio, aunque creemos que en algunos casos esta exigencia ha sido matizada. Esto es lo que ocurre, entendemos, con la sentencia sobre la Ley de Aguas o la Ley de Costas, en que la conversión del derecho de propiedad a concesión o contratos con la Administración se consideran compensaciones suficientes. De todas maneras, en estos casos es imprescindible recordar

<sup>183</sup> A.E. Pérez Luño, "Artículo 33. Propiedad privada y herencia", vol. III en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997).

<sup>184</sup> J.L. De los Mozos, *El derecho de propiedad : crisis y retorno a la tradición jurídica* (Madrid: Edersa, 1993).

<sup>185</sup> El art. 37 de la Ley cuestionada (LRSV) dispone que: "En todas las expropiaciones, la Administración actuante podrá satisfacer el justiprecio, por acuerdo con el expropiado, mediante la adjudicación de terrenos de valor equivalente". Y a ello el Tribunal Constitucional añade que: "Para la correcta comprensión de esta norma hay que partir de la regulación expropiatoria general y de la específica regulación urbanística estatal anterior. El art. 48 LEF tan sólo contempla el pago del justo precio expropiatorio en dinero. Ahora bien, la doctrina jurídica admite, de forma pacífica, que también es posible el pago en especie cuando medie acuerdo expreso entre expropiante (o, en su caso, beneficiario) y el expropiado. En suma, el pago en dinero actúa como específica garantía del expropiado, y por tanto con su consentimiento es posible otra forma de pago".

que el Tribunal Constitucional los calificó de reajuste de la regulación, de nueva delimitación de los derechos de propiedad, y nunca de expropiación. Por lo tanto no se trata de una indemnización pues. Así, repetimos que en general la indemnización debe pagarse en dinero.

¿ La idea de equivalente ha de coincidir con los valores de mercado o precios de mercado? De acuerdo con la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia española no. La idea de justiprecio se refiere a un “precio justo” y ello no significa, expresa Díez- Picazo, entre muchos otros, que tengan que ser los valores que puedan regir en el mercado en un momento determinado (1991: 1270). En 1991, el mismo autor escribe que en nuestro ordenamiento están permitidas incluso las permutas forzosas. En su opinión, además, no deberían estar permitidas las permutas de un derecho por otro: “Excepcionalmente cabe admitir que se produzca en bienes de la misma especie y calidad (v.gr. las llamadas permutas forzosas). No parece, inicialmente por lo menos, que se pueda realizar en bienes o derechos de naturaleza distinta (i.e.: títulos de la deuda) o mediante la transformación del derecho en otro de clase distinta” (Díez-Picazo y Ponce de León, 1991: 1270).

La doctrina y la jurisprudencia intentan ofrecer distintas soluciones para determinar la fijación de la cuantía de la expropiación. En Italia, la *Corte Costituzionale* ha establecido en diversas decisiones que el importe de la indemnización no puede ser ni “irrisorio” ni “simbólico”. El precio de la indemnización por más que no tenga porque corresponder al valor de mercado, debe ser “congruente y equitativo” y una “verdadera restauración”. Otro sector doctrinal, como por ejemplo Rescigno (1972: 30)<sup>186</sup> ha sido más “flexible” y en algunos casos incluso ha defendido que en un sistema como el italiano en el que existe una paulatina ampliación de la empresa pública pueden producirse limitaciones o una absorción de las empresas privadas sin necesidad de recurrir a las expropiaciones y, por tanto, sin necesidad de indemnización. Algunos autores sostienen que es tanta la transformación social orgánica que Italia ha desarrollado que las indemnizaciones deberían ser en general rebajadas en la medida en que las mismas redundan en un sistema ventajoso para los propios expropiados (Lavagna, 1977: 30)<sup>187</sup>. Esta última tesis nos parece un poco desafortunada ya que entendemos que esta relación entre la expropiación y la ventaja que pueda recaer sobre el expropiado no siempre está tan clara. Finalmente

---

<sup>186</sup> P. Rescigno, “Per uno studio sulla proprietà”, *Rivista di diritto civile* 1 (1972) 1-ss.

<sup>187</sup> C. Lavagna, *Costituzione e socialismo* (Bologna: Il Mulino, 1977).

en los ochenta la *Corte Costituzionale* cambia de opinión y ya no confiere al interés general el peso que se le había conferido anteriormente y al interés privado le otorga un carácter más prevalente acercando así la indemnización a los valores de mercado<sup>188</sup> (sentencias 5/1980, de 30 de enero y 13/1980, de 15 de febrero) (Rodota, 1986: 401-402)<sup>189</sup>.

En Alemania la indemnización normalmente cubre el daño efectivo pero no el lucro cesante (y todavía menos las expectativas). Una parte de la doctrina alemana<sup>190</sup> defiende que junto al “valor medio” debería tenerse en cuenta también el “valor personal que los bienes y derechos tienen para el afectado”. Ello permitiría considerar aquellos casos en los que si el propietario se beneficia directa o indirectamente de los resultados de la expropiación y así la cuantía podría fijarse por debajo del valor medio de mercado. Este es el caso que se da normalmente cuando se expropia para construir una carretera. Los vecinos que lindan con ésta se entiende que la precisan para desplazarse a la capital y añaden una entrada a esta precisamente en la zona --urbanización, pueblo, barrio,...-- donde se encuentran los vecinos afectados por la expropiación para facilitarles el acceso. Como a los propietarios expropiados se les está ofreciendo a su vez un servicio en este caso el precio de la indemnización podría verse reducido.

En la Constitución española se escribió “correspondiente” indemnización, en vez de, “justa” indemnización. Ello no presenta mayores problemas ya que la mayoría de la doctrina (Lucas Verdú, 1995; García Morillo, 1980: 191; Pérez Luño, 1997: 535, ...) y de la jurisprudencia – por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1979 (sala 3a)-- ha entendido que el concepto “justo” está implícito en el mismo concepto de indemnización. Para el Tribunal Constitucional la indemnización “debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo éstas ser respetadas, desde la perspectiva constitucional, a

---

<sup>188</sup> Aunque ya a finales de los sesenta existen numerosas decisiones de la Corte Constitucional que parten de criterios mercantilistas tal y como apunta Rodotà (1986).

<sup>189</sup> Stefano Rodota, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid: Civitas, 1986).

<sup>190</sup> Por ejemplo N. Reich, *Mercado y Derecho* (Barcelona, 1985), entre muchos otros.

no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable. Conforme a lo expuesto, la garantía constitucional de la “correspondiente indemnización” concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiado y su reparación” (STC 166/1986, FJ 13).

En base a ello una parte de la doctrina identifica “valor real” con “valor de mercado” (Enterría, 199: 292-293; Parada, 1991: 647; De los Mozos, 1993: 217; ...). Pérez Luño apunta que partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo debe entenderse por valor real el valor de mercado también: “puesto que aquí, en un sistema de economía de mercado (art. 38 de la Constitución), resulta del propio mercado, ...el “valor real”, (“valor de mercado”) no es otro que el “valor de sustitución” del bien o derecho expropiado” (1997: 536). Nosotros, aunque estamos de acuerdo con el resultado; desde un análisis jurídico-constitucional no vemos porque tiene que ser así. ¿Por qué hace sólo referencia al artículo 38 de la Constitución? Existen otros preceptos que pueden influenciar. El mismo autor asimismo añade que el valor de sustitución debe determinarse de acuerdo a criterios de justicia, atendiendo a las circunstancias concretas del expropiado y a la naturaleza del bien o derecho expropiado, así como a perjuicios derivados de la expropiación que tengan su origen en ella. El valor subjetivo, que puede quedar compensado a tanto alzado integrándose en el justiprecio como “premio de afección” (art. 47 de la LEF), sentimental o afectivo, no determina el valor de la indemnización. Sólo se indemnizan las mejoras anteriores a la iniciación de la expropiación, y las posteriores de conservación. Para acabar apuntamos que la valoración se realiza con referencia al momento en que se inicia el expediente de justiprecio (García de Enterría y Fernández, 1999: 292-293 y 644-649; Parada, 1991: 647 y Pérez Luño, 1997: 536).

*(iv) La prohibición de la compra forzosa.*

En varias decisiones de la jurisprudencia española ordinaria y constitucional – i.e. STC 37/1987, sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía- - los recurrentes denuncian que la nueva regulación les está obligando a aceptar una compra forzosa. Los Tribunales, y en concreto el Tribunal Constitucional, ha determinado que la compra forzosa es contraria a la Ley y a la Constitución. El legislador, el que ha creado la norma, por su parte, normalmente se defiende alegando que su regulación no está encubriendo una compra forzosa. Lo determinante es pues, fijar cuando estamos ante una compra



forzosa partiendo de la idea de que ésta no está permitida.

La compra forzosa está prohibida en ambas direcciones. Es decir las propietarias tampoco pueden obligar a la Administración a que compren sus propiedades cuando lo deseen. Esto es lo que el Tribunal Supremo entiende que pretenden las recurrentes de la sentencia de 25 de septiembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) --sobre propiedad urbana y planificación urbanística en Zaragoza. En ella se discute el hecho que en una zona residencial se declare a través de un Plan urbanístico unos terrenos colindantes zona industrial. Las propietarias están en contra de la nueva calificación, quieren que se cambie de nuevo o que si no por lo menos la administración les compre sus propiedades. El Tribunal Supremo declara que esto sería una compra forzosa y que ello no está permitido ni las propietarias pueden exigirlo<sup>191</sup>. Además no otorga indemnización a las propietarias. Asimismo el Tribunal Supremo manifiesta que la Administración puede cambiar los planes urbanísticos, que el cambio de zonificación cabe dentro de la discrecionalidad administrativa que está constreñida sólo por "las más elementales reglas de la discrecionalidad y el buen sentido, lo legal y reglamentariamente dispuesto y la proscripción de la desviación de poder..." (sentencia de 25 de septiembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 2)).

El Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de julio de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) ha declarado por otro lado que la Administración no puede obligar a los propietarios la compra de su finca cuando sus planes están afectando ésta, si no que en todo caso debe iniciar un procedimiento expropiatorio. En este supuesto la creación de un parque natural por parte de la Junta de Extremadura provoca que se las reses residentes en éste destruyan y se coman cultivos de un agricultor-propietario. La sentencia del Tribunal Supremo verifica la sentencia de la Sala contencioso administrativo de Cáceres de 13 de febrero de 1991 que declaró la inadmisión del recurso presentado por el propietario que reclamaba los daños causados en sus parcelas por las reses de la Reserva Nacional de Caza de

---

<sup>191</sup> El Tribunal Supremo entiende que en este caso si se obligase a la indemnización estaría mos ante una compra forzosa y por lo tanto desestima el recurso: "Subsidiariamente los afectados por el plan piden que si no se recalifica de nuevo la zona por lo menos el ayuntamiento o la Administración correspondiente, "en su caso, en cuantía igual al valor de mercado de sus terrenos, con entrega de los mismos a la entidad indemnizable o en la cantidad que estime justa el equitativo criterio de la Sala y pretensión sobre la que sólo se hace un tímido hincapié en el escrito de alegaciones [...] siendo además de precisar que lo que la Junta postula no es en puridad una indemnización, sino una compra forzosa de los terrenos por parte de la Administración correspondiente, posibilidad no prevista en los mencionados párrafos del art. 87, que sólo conducen a una indemnización" (sentencia de 25 de septiembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ3)).

Cij ara. A su entender, éstos daños son continuados y permanentes. La Junta de Extremadura propone al propietario adquirir sus terrenos pero éste no acepta. El Tribunal Supremo entiende que en todo caso lo que puede hacer la Junta es o iniciar un procedimiento expropiatorio o indemnizar caso por caso cuando se produzcan daños pero no puede obligar a la compra porque estaríamos ante una compra forzosa.

(v) *El precio del mercado para fijar la indemnización en Estados Unidos.*

Según Tribe no hay nada más claro, más claramente inconstitucional, que una ley que permite al *government* ir tras una propiedad privada para fines públicos de manera ambigua si esta expropiación no va acompañada del pago a su antiguo dueño del precio basado en el valor de mercado (1985: 590)<sup>192</sup>. La *takings clause* establece que la propiedad no puede ser tomada para un uso público sin que concurra una justa indemnización (Treanor, 1995: 825<sup>193</sup>; Stoebuck, 1972: 572<sup>194</sup>; Fischel, 1995: 77<sup>195</sup>; y Van der Walt, 1999: 440<sup>196</sup>).

En las sentencias de los años setenta *Almota Farmers & Warehouse Co. v. United States*, US (1973) y *United States v. Reynolds*, US (1970); y en la de finales del diecinueve, *Monongahela Navigation v. United States*, US (1893) la Corte Suprema dispone que el propietario tiene derecho al precio basado en lo que es el valor justo del bien para el propietario, y no para el *government*, en el momento de la expropiación. Ahora bien, lo que era difícil de imaginar en el diecinueve es que la obligación constitucional de indemnizar acabaría sirviendo a los fines adicionales que acabó

---

<sup>192</sup> Recordamos también que a pesar de que se otorgue indemnización y se satisfaga el requisito del public purpose puede haber una violación de la Constitución, del due process clause tal y como hemos apuntado anteriormente.

<sup>193</sup> W. M. Treanor, "The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process", *Colum. L. Rev.* 95 (1995) 785-887.

<sup>194</sup> W. B. Stoebuck, "A General Theory of Eminent domain", *Wash. L. Rev.* 47 (1972) 553-608.

<sup>195</sup> W. A. Fischel, *Regulatory takings: Law, Economics, and Politics* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1995).

<sup>196</sup> A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

configurando el Juez Holmes en la conocida sentencia *Pennsylvania Coal*. Adem1s de este uso del requerimiento de indemnizaci3n subrogado al test exigible judicialmente del uso publico (*public use*), tambi3n se han utilizado otras t3cnicas para evitarlo como las que se emplean en la sentencia *Unites States v. Security Industrial Bank*, US (1982) en la que se desprecia una interpretaci3n de derecho de quiebra que hubiera destruido derechos de propiedad preexistentes y por lo tanto hubiera llevado a que se interpusiera una cuesti3n expropiatoria (*a takings issue*).

La Corte Suprema a veces obliga al government a comprar lo tuyo a precio de mercado. Existen varios ejemplos sobre esta doctrina: El caso *Agins v. Tiburon*, US (1980) en el que en una regulaci3n urbanística sobre terreno abierto (*open-land zoning*) se limita significativamente el valor econ3mico de algunas adquisiciones residenciales, con el fin de garantizar un desarrollo de la explotaci3n del suelo coherente y una polít ica medioambiental. El plan urbanístico se consider3 unánimemente como una regulaci3n y punto, no era un *regulatory taking*. A juicio de la Corte ning3n elemento cl1sico fue totalmente destruido, mucho del valor se preserv3, y los propietarios podían esperar a largo t3rmino tanto como lo que estaban perdiendo. Autores como Epstein (1986)<sup>197</sup> critican este enfoque que ve los beneficios a largo plazo y algunos, en este caso, y sorprendentemente Tribe (1988)<sup>198</sup>, aluden incluso a

---

<sup>197</sup> Epstein en su artí culo de 1986 --R. A. Epstein, "The Last Word on Eminent domain", *U. Miami L. Rev.* 41 (1986) 253-ss--han ya de contra la verdad - liberal, dicho sea de paso--sobre la propiedad y los *takings* hace alusi3n a estos supuestos beneficios generales y a largo plazo que 3l no quiere reconocer. El tít ulo de dicho artí culo no precisa comentarios. El artí culo en sí sí como hemos visto ya.

<sup>198</sup> Tribe alude al el requerimiento de compensaci3n como un intento para limitar el sacrificio arbitrario de unos pocos para el bien de unos muchos. A ello aña de que la tendencia moderna de tratar cada provisi3n constitucional como un medio para otro fin, o por lo menos como manifestaci3n de un conjunto de valores la estructura de los cuales pueden ser coherentemente elucidadas, pueden otras veces falsificar el significado de un mandato constitucional como una reflexi3n de una intuici3n sobre un grupo particular de problemas. Pero dicho esto, es difícil no caer en la tendencia moderna preguntando qué otros fines generales engloba el requerimiento de la indemnizaci3n justa puede servir o qué otras normas generales puede reflejar, más si se tiene en cuenta el retrato intuitivo que tal requerimiento parece generar tan pocas respuestas en los casos ya vistos (1988: 605). Tanto si se entiende como un principio basado en que la sociedad no deber1 explotar a los individuos con el fin de conseguir sus goles, o si se tiene en cuenta la idea de que una explotaci3n causa demasiado descontento desde un punto de vista utilitario a menos que se haga bajo cierto control; el requerimiento del just compensation viene a expresar un lí mite para el poder del government para aislar individuos particulares para ser sacrificados para el bien general (*for sacrifice to the general good*). Tal lí mite es irrelevante, aunque en diferentes formas, para cada una de las tres formas legít imas que el government puede tener para llevar a cabo un taking de manera que tenga un efecto adverso en la propiedad de alguien. Primero, el government puede actuar con el fin de deliberadamente redistribuir la riqueza. Segundo, puede actuar con el fin de recolocar al riqueza, dejando la distribuci3n de la riqueza intacta, pero buscando, a través de la recolocaci3n de objetos o recursos, generar más uniformemente un

la frase de John Maynard Keynes (“*In the long run, we are all dead*”) para hacer notar que estos beneficios a la larga a veces son cuestionables. Pero debemos preguntarnos que hubiera ocurrido si *Agins* en vez de contener restricciones urbanísticas, hubiese incluido una norma más directa de incursión gubernamental. Seguramente, a la luz de la jurisprudencia norteamericana, estos factores hubiesen salvado la regulación en cuestión<sup>199</sup>.

Por otro lado, en *Agins* un aspecto se dejó sin resolver. La Corte Suprema de California había sostenido que “*inverse condemnation*”, una reclamación del propietario afectado por la regulación que expresaba que se había dado una confiscación de facto – es inapropiada cuando sólo regulaciones inconstitucionales son alegadas. La Corte estatal razona: la indemnización sólo se dará cuando el estado esté literalmente ejerciendo su poder de expropiación (*eminent domain*) y no el poder político (24 Cal. 3d 266 Cal (1979)).

Si una regulación urbanística es tan *intrusiva* hasta el punto de privar a alguien de su propiedad sin indemnización, su remedio reside solamente en una acción, *action for mandamus*, o un *declaratory relief*, con el fin de invalidar la regulación prospectivamente; y no se le pagará dinero por el daño ínterin hecho.

La cuestión de si un estado puede decir cuando está ejerciendo el poder político nunca puede constituir un *compensable taking*, una indemnización compensable, pudo ser resuelta en *San Diego Gas & Electric Co. v. San Diego*, US (1981), pero la mayoría de la Corte Suprema denegó el recurso en el caso por falta de un juicio final ya que se creyó que la Corte de California todavía tenía que determinar si había habido de hecho un *taking*. En esta decisión destaca el *dissenting* del Juez Brennan --que escribe en nombre también de Stewart, Marshall, y Powell-- en el que argumenta que la mayoría ha malentendido la decisión de la corte inferior: a su entender no ha habido un juicio final que

---

bien deseado o menos de un *uniformly* mal no deseado. Tercero, puede actuar bajo la convicción que un uso de la propiedad tolerado en el pasado debe ser ahora inmoral o inaceptable (La idea de redistribución *per se* viola el deber constitucional del estado de ser “neutral” respecto a los intereses sociales y económicos y clases tiene un pasado venerable pero no acaba de capturar la herencia de los siglos dieciocho y diecinueve y una dimensión crucial del *consensus* de la *post-Depresión* (Tribe, 1988: 605)).

<sup>199</sup> Vid.: T.J. Micely y K. Segerson, “Regulatory takings: When Should Compensation be paid?”, *J. Leg. Studies* 23 (1994) 749-776.

determine que ha habido un taking sólo porque la corte de California apelada, siguiendo a la Corte Suprema de California en *Agins*, haya sostenido que era legalmente imposible para San Diego tener propiedad expropiada ya que una ordenanza urbanística, *a zoning ordinance*, --un ejercicio del poder político-- nunca puede constituir un taking, por más que sea el *taking* arbitrario o excesivo.

Lo que ocurre en *Agins* es que la compañía de servicios había comprado el terreno con el fin de construir una planta nuclear pero al reparcelarse sus tierras por San Diego como espacio abierto en anticipación a lo que va a llevar allí a cabo la ciudad que será, en un futuro, comprar ya los terrenos para realizar un parque público. Cuando una fianza emitida con el fin de pagar la compra de la tierra fue negada, la compañía quedó con seis millones de dólares de tierra en las que ya no podía construir ningún tipo de planta energética. La compañía demanda San Diego para forzar a la ciudad a confiscar la tierra formalmente y para que la compre al valor justo de mercado. Tribe opina que los *dissenters* tienen razón cuando opinan que nada en la cláusula de la indemnización justa (*just compensation clause*) autoriza a una corte a obligar al government a ejercer su poder del *eminent domain* en el futuro cuando el *regulatory taking* es temporal y reversible y el government más bien prefiera acabar con el taking antes que comprar el terreno (1988: 597).

De la misma manera que el government puede cancelar procesos confiscatorios antes de pasar un título o abandonar la propiedad que ha sido temporalmente ocupada o invadida (*United States v. Dow*, US (1958)), debe tener el mismo poder para rescindir un *regulatory taking*. El Juez Rehnquist, se adhiere a esta opinión. Es asimismo claro, que el government debe compensar al propietario por cualquier expropiación que haya ocurrido durante el tiempo entre la aprobación de la ley y la respuesta de la regulación ofensiva.

En *First English Evangelical Lutheran Church v. Los Angeles*, US (1987) el Juez Rehnquist (*Chief Justice*) declara que “los takings temporales que ... deniegan a un terrateniente todo uso de su propiedad no son diferentes en clase de los takings permanentes, por los cuales la Constitución claramente requiere indemnización”. A juicio de la Corte Suprema el requerimiento de la justa indemnización no es discrecional: cuando hay un taking debe haber una indemnización (*San Diego Gas & Electric Co. v. San Diego*, US (1981) 450). Y en *United States v. Clarke*, US (1980) 257 subraya que la cláusula de la indemnización es auto ejecutable (“*compensation clause is self-executing*”).

En *First English Evangelical Lutheran Church v. Los Angeles*, US (1987) se rechazan los argumentos del Fiscal General (*Solicitor General*) que precisan que la Constitución en si misma no

puede formar las bases para que una corte otorgue dinero por daños contra el government. A pesar de que esta cuestión *remedial* fuera finalmente resuelta, la situación del caso que no dio a la Corte la posibilidad de decidir si la ordenanza sobre el uso de la tierra en cuestión ha de hecho denegado al demandante de todo uso de su propiedad, o si el *county* puede evitar la conclusión de que un *compensable taking* ha tenido lugar al establecer que la negación de todo uso fue considerado como parte de la autoridad del Estado para aprobar regulaciones sobre seguridad.

Otro de los casos célebres es *Nollan v. California Coastal Comm'n*, US (1987). En éste existe la intención por parte del estado de establecer una condición para emitir un permiso para construir en una residencia frente al mar que se condiciona a que los propietarios dejen y garanticen al público en general una servidumbre de paso permanente en su playa, privada (*a permanent easement across their beach*). De la sentencia se desprende que la indemnización no puede considerarse pagada ni realizarse a través de condiciones, así como las consecuencias de éstas.

En la opinión del Juez Scalia, que es confirmada por el Juez en Jefe, Rehnquist (ambos nominados por el presidente Reagan), y por los Jueces White, Powell y O'Connor, la Corte primero considera que es "obvio" que una apropiación directa por parte del estado de una servidumbre como ésta puede considerarse un taking de un interés patrimonial clásico como lo es el derecho a excluir a los otros. La mayoría de la Corte después se pregunta si el estado puede constitucionalmente conseguir este fin requiriendo el acuerdo en una servidumbre como condición para otorgar una permiso de *land use*, una licencia o expresado en palabras del profesor de Harvard Law School Charles Fried --que también estuvo vinculado a Reagan siendo durante su mandato *Solicitor General*<sup>200</sup>-- si el estado puede plantear al propietario una oferta que no va a poder rechazar (2001-2002)<sup>201</sup>.

Justice Scalia realiza el siguiente razonamiento: un *nexus* entre el propósito legítimo del estado y

---

<sup>200</sup> Este autor, por lo tanto, no puede ubicarse en la misma línea doctrinal que David Kennedy, Duncan Kennedy, Frank Michelman o incluso Laurence Tribe, todos ellos también profesores de la escuela de derecho de Harvard (Tribe fue el que defendió a Al Gore, el candidato demócrata para la presidencia en las últimas elecciones ante la Corte Suprema, y los tres primeros, sobre todo Duncan Kennedy, son parte de una corriente mayoritaria en Harvard, más cercana a los *Critical Legal Studies* y, por lo tanto, opuestos a la concepción liberal de la *Escuela de Chicago* donde se ubican Posner, Coase, Epstein y Sax).

<sup>201</sup> C. Fried, "Constitutional Law" (Class Lectures Materials, Harvard Law School, 2001-2002).

la condición que se imponga está constreñido por una variedad en la doctrina de las condiciones inconstitucionales: “Cuando este *nexus* esencial es eliminado, la situación se convierte en lo mismo en que si la ley de California prohibiese disparos en un teatro lleno, pero garantizase dispensa a aquellos que contribuyeran con cien dólares al tesoro del estado. Mientras que una prohibición en disparar puede ser un ejercicio coherente con el poder político del estado, que sería proteger la salud pública, y puede por lo tanto cumplir con *standards* exigentes de la libertad de expresión, añadiendo la condición que no tiene relación altera el propósito que, a pesar de ser legítimo, sería inadecuado mantener la prohibición. Así pues, a pesar de que en parte requerir cien dólares en tasas para poder disparar en el teatro es una restricción en la libertad de expresión menos grave que una prohibición de disparar bajo ninguna condición, ello no pasaría un *test* de constitucionalidad (*Nollan v. California Coastal Comm'n*, US (1987) 3148).

En el caso que la Comisión de Costas (*Coastal Commission*) niegue a *los Nollans* un permiso para construir en su propiedad si acaba considerando que tal desarrollo podría destrozar los fines legítimos del estado de reducir la congestión del uso de la playa causado por una costa sobre explotada, la Corte está de acuerdo en que en este supuesto la Comisión de Costas podría imponer un permiso condicionado siempre y cuando sirviera a tal fin en concreto. En este caso este *nexus* no se encuentra ya que la cuestión, por más que se fuerce la imaginación, escribe la Corte Suprema, no puede servir como un interés legítimo del estado: la servidumbre que el estado persigue no llevará a un acceso público a la playa a través de la propiedad de los Nollans desde la calzada pública, si no que simplemente hubiese permitido a esa gente que estuvieran ya en la playa pública a uno de los lados de la playa de los Nollans cruzar la franja de arena hacia la playa pública del otro lado.

La Corte concluye que, a menos que la condición en el permiso sirva el mismo propósito gubernamental, la prohibición de desarrollo, la restricción den la construcción no es una regulación válida del uso del suelo sino que es una extorsión (“*unless the permit condition serves the same governmental purpose as the development ban, the building restriction is not a valid regulation of land use but ‘an out-and-out plan of extortion’*” (Tribe, 1988: 598-599) La Corte finaliza que si California quería una servidumbre a través de la playa de los Nollan tendrá que pagar por ello. La condición de Nollan es considerada una invasión física.

La Corte Suprema no especifica hasta que punto este requerimiento de *nexus* debe requerirse, estableciendo que incluso el *test* propuesto por la Comisión de Costas – que la condición de estar

“razonablemente relacionada con la necesidad pública o la prohibición” que la propuesta de desarrollo urbanístico de los Nollan crearía no podría satisfacer los hechos del caso frente a éste. Hay, sin embargo, indicaciones de que un nexo estrecho no sería necesariamente requerido cuando la condición del estado es para una licencia en el uso del suelo permita la incluir algo menos que una abdicación coercitiva del cuerpo de los intereses patrimoniales: “nuestros casos describen la condición para la reducción de los derechos de propiedad a través del poder político como una ‘*substantial advanc[ing]*’ de un interés estatal legítimo. Nosotros nos inclinamos por ser particularmente cuidadosos sobre el adjetivo donde la actual *conveyance* de la propiedad se hace una condición para el *lifting* de una restricción sobre el uso del suelo, teniendo en cuenta que el contexto aquí es un alto riesgo que el propósito real es evitar el requerimiento de la indemnización” (*Nollan v. California Coastal Comm’n*, US (1987) 3147).

Para acabar con el análisis de esta decisión queremos destacar la opinión discordante del Juez Brennan en la que opina que a pesar de que la Corte Suprema declara la decisión del estado poco adecuada, irracional, debería tenerse en cuenta que “un concepto tan estrecho de irracionalidad, sin embargo, ya hace tiempo fue desacreditado como una incursión judicial en la actividad del legislador”<sup>202</sup>.

En *Dolan v. City of Tigard*, US (1994) también se plantean condiciones. En este caso Dolan pretende conseguir un permiso para aumentar las fuentes eléctricas y de agua de su tienda: La tienda de la señora se encuentra dentro de una parcela de dos acres colindando por un lado con la plana de agua del *Fanno Creek*, que va a lo largo de toda la parte este de su propiedad. La oferta de la ciudad es la siguiente: Tigard condiciona la licencia a que la señora Dolan dedique una parte de su propiedad a evitar que el agua que la rodea, la pequeña inundación, se extinga con el fin de mejorar el sistema de drenaje de la ciudad y resolver problemas de tráfico. El Juez Rehnquist una vez más recuerda que las condiciones son inconstitucionales. La ciudad si quiere puede negar la licencia – siempre que se base en una norma no arbitraria claro está – pero no la puede condicionar por más que los fines sean

---

<sup>202</sup> Al respecto vid.: M. J. Radin, “Evaluating Government Reasons for Changing Property Regimes”, *Alb. L. Rev.* 55 (1992) 587-ss.



legítimos, porque si no estaremos ante una extorsión<sup>203</sup>.

(vi) *La diferencia entre el precio de la indemnización expropiatoria y la indemnización equiparadora –producto de la regulación de la propiedad– en Alemania.*

En Alemania la ley que expropia, o que sirve de base a la expropiación, debe regular al mismo tiempo el tipo y alcance de la indemnización (art. 14.3.2 LF) (cláusula del nexo, *Junktimklausel*) (Van der Walt, 1999: 147)<sup>204</sup>. Una ley sólo será constitucional si regula la forma y alcance de la indemnización, sino ésta violaría el art. 14.3.2 LF y sería, por consiguiente, nula (Kimminich, 1995: 168-169)<sup>205</sup>. La ley debe determinar con claridad si la intervención que ésta autoriza sobre la propiedad constituye una expropiación a efectos constitucionales y cuál es la indemnización que estima justificada en conformidad a los intereses de la comunidad y de los afectados (BVerfGE 45, 75). Asimismo, la Ley debe establecer de manera inteligible si se trata de una indemnización expropiatoria – y no de una indemnización por responsabilidad administrativa. Si la ley no establece la naturaleza de la expropiación (si será en dinero o in natura) y la cantidad de la indemnización de manera específica la ley no satisface los requerimientos del art. 14.3 LF (BVerfGE 25, 112 (1969); BVerfGE 58, 300 (1981) y BVerfGE 84, 361 (1990)).

Una provisión general que contempla la posibilidad de una eventual, y por lo tanto no visibles, efectos expropiatorios de una ley en términos generales (*salvatorische Klausel*) no está tampoco permitida (Wendt, 1996: 520<sup>206</sup> y Van der Walt, 1999: 150). La ley no puede establecer una cláusula

---

<sup>203</sup> Para una crítica a esta sentencia y a decisiones similares vean: K.L. Sullivan, "Unconstitutional Conditions", *Harv. L. Rev.* 102 (1989) 1415-ss.

<sup>204</sup> A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

<sup>205</sup> O. Kimminich, "La propiedad en la Constitución alemana", en J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 151-174.

<sup>206</sup> R. Wendt, "Art. 14 (Eigentum, Erbrecht und Enteignung)" en M. Sachs (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (Munich: CH Beck, 1996) 482-582.

general para calcular la indemnización. Ésta debe ser definida o por lo menos precisada la medida que se va a seguir para calcularla de acuerdo con la naturaleza de la propiedad en cuestión (BVerfGE 24, 367, caso *Deichordnung* (1968). Sí se ha permitido en Alemania, sin embargo, una provisión de pago equiparatorio no expropiatorio (*Ausgleichsanspruch*) en los términos de la cláusula de la propiedad. El pago *equiparatorio* no corresponde a un pago realizado en virtud del artículo 14 LFB sino que es un pago que pretende atemperar las cargas impuestas por una regulación, y por lo tanto asegura que los efectos de ésta no es desproporcionada y por lo tanto inconstitucional (Van der Walt, 1999: 150).

La indemnización, en la expropiación, persigue ofrecer un equivalente económico a los límites que se imponen a la propiedad. Ahora bien, la expropiación, tampoco en Alemania incluye a las expectativas sino tan sólo “el valor del derecho del que se ha privado al afectado con la expropiación” (Sentencia del Tribunal Civil Federal 28.9.1972, BGHZ 59, 250)<sup>207</sup>. No se consideran expectativas a los efectos de la indemnización aquellas que se hagan realidad en el momento de la expropiación o en el momento inmediatamente anterior, de forma segura e inminente, es decir cuando se trata ya de una “plusvalía que, de hecho, es ya inherente” a la cosa expropiada (Sentencia del Tribunal Civil Federal 29.11.1965, BGHZ 30, 286). Resumiendo, el lucro cesante, las expectativas, no forman parte de la propiedad que tutela el art. 14 LF.

El precio de la indemnización debe ser adecuado “y en principio, compensar la pérdida patrimonial producida. A pesar de esta función compensatoria, la indemnización expropiatoria no es una indemnización por daños y perjuicios, de tal modo que el afectado no podrá exigir, por ejemplo, que se le coloque en lo sucesivo en una situación tal como si la intervención no se hubiese producido. Antes bien, la indemnización expropiatoria – con independencia de las excepciones legales– está delimitada en su alcance e importe por el valor del bien. A diferencia de la indemnización por daños y perjuicios, la indemnización expropiatoria no tiene por objeto, por su propia naturaleza, reparar de tal forma que

---

<sup>207</sup> En este caso se cuestiona el cálculo del importe de la indemnización por la resolución anticipada de un contrato de arrendamiento de una finca rústica que ha sido expropiada. El Tribunal Civil Federal se opone a la pretensión del arrendador de que su valor debía calcularse en función de lo que el arrendatario habría podido obtener de la finca durante el tiempo que restaba del contrato. Este Tribunal dispone que lo que pide el arrendador de la finca es una “situación patrimonial presunta” que si se indemnizase ello sería más propio de una indemnización por daños y perjuicios y no de una indemnización por expropiación. La indemnización expropiatoria, manifiesta el Tribunal, sólo puede alcanzar el importe que supone invertir para conseguir un derecho de arrendamiento del mismo tipo.

restablezca la situación anterior como si la intervención no se hubiera producido. Por el contrario, habrá de determinarse su cuantía, en principio, por la modificación que haya experimentado el valor del patrimonio afectado con motivo de la intervención. Por eso, la cuantía indemnizatoria que el expropiado ha de percibir a cambio de la cosa debe basarse en el valor de mercado y no en una hipotética evolución de su patrimonio” (Sentencia del Tribunal Civil Federal 20.12.1971 (BGHZ 57, 368).

El alcance de la indemnización se ha establecido, por parte de la jurisprudencia y la doctrina, en base a dos criterios: uno que consiste en la “compensación por la pérdida material” (*Substanzverlust*) (Tribunal Civil Federal BGHZ 91, 30). Por pérdida material debe entenderse ésta en sentido “gráfico”: “la indemnización que se debe al propietario por la privación de un terreno ha de permitirle – dicho gráficamente– obtener un terreno de igual calidad, para poder así aprovechar de nuevo las oportunidades que ofrece el mercado inmobiliario” (Tribunal Civil Federal de 29.1.1976, BGHZ 91, 30) y otro que se basa en un *test* muy parecido al *balancing test* estadounidense, lo que en Alemania se ha llamado la imagen de la balanza. En este caso, menos utilizado en Alemania que el de la “pérdida material”, la indemnización debe “ponderar” lo expropiado de acuerdo con su valor (Sentencia del Tribunal Civil Federal 28.9.1972, BGHZ 59, 258).

En suma, el criterio más utilizado es el de la “pérdida material” y con ello el Tribunal Civil Federal ha insistido en que no quería tomar partido acerca de la cuantía de la indemnización, sino recalcar que la indemnización no consiste en adquirir bienes sustitutorios sino en el derecho a obtener una cantidad dineraria. El art. 14.3.2 LFB permite al legislador regular las formas de indemnización. En Alemania se permite la compensación con bienes, con tierras, incluido formas de copropiedad y otros derechos reales. Varias leyes permiten la indemnización mediante entrega de tierras que sustituyan las expropiadas, claro está que el valor no será el mismo dependiendo donde se encuentren éstas. Una parte importante de la doctrina alemana, coincidiendo aquí con la norteamericana, opinan que no puede imponerse tal tipo de indemnización, tipo trueque, sin el consentimiento del afectado (Dietlein, 1973: 258-263)<sup>208</sup>.

---

<sup>208</sup> M. Dietlein, *Verfassungsrechtliche Probleme der Enteignungsentschädigung*, (Die Öffentliche Verwaltung : , 1973).

El valor de la indemnización se determina de acuerdo con “el valor común del bien expropiado” (Sentencia del Tribunal Civil Federal 28.11.1962, BGHZ 39, 198). Qué es el “valor común” es la siguiente cuestión que cabe plantearse. La jurisprudencia alemana mantiene que por valor de cambio objetivo debe entenderse el valor que el bien tiene para cualquier persona. La Ley del Suelo, por ejemplo, entiende pro “valor común” el “valor que tiene en el tráfico jurídico (*Verkehrswert*), el art. 194 de esta ley dispone que el valor que tiene en el tráfico jurídico se determina por el precio que, en el momento en que se efectúa la valoración, tendría que pagarse en el tráfico jurídico, según los datos de hecho y de derecho y de las restantes circunstancias, y teniendo en cuenta asimismo la situación del inmueble o de los restantes objetos que deben valorarse, sin que sean atendibles las condiciones personales o extraordinarias.

Deben tenerse en cuenta, sin embargo, y también las especiales características del objeto en cuestión; aunque el “valor afectivo” no tiene porque indemnizarse, si deben tenerse en cuenta las circunstancias del bien en concreto, incluyendo su importancia económica para el propietario (Sentencia del Tribunal Civil Federal 13.6.1978)..

A todo ello existe una excepción, la de los “daños subsiguientes” (*Folgeschäden*) que el Tribunal Civil Federal entiende que derivan inmediatamente del art. 14 LF. Los daños subsiguientes se interpretan de manera restrictiva y sólo incluyen aquellos que se producen como consecuencia obligada e inmediata de la misma y si constituyen un sacrificio singular (BGHZ 41, 358; 65, 254), “El deber de hacer frente también a estos perjuicios para lograr una adecuada indemnización constituye un principio general del Derecho expropiatorio” (BGHZ 55,296). Esta compensación por los daños subsiguientes comprende tan sólo la pérdida material sin incluir gastos “colaterales” fruto de la compensación como podría ser el cambio de domicilio o traslado del negocio. El cálculo se hace en abstracto, de acuerdo con las medidas que habría adoptado un propietario “razonable” si se encontrase en la misma situación (BGHZ 43, 300; 55, 299). La indemnización, en suma, se realiza de manera unitaria, sin que quepan dos (Kimminich, 1995: 171)<sup>209</sup>.

---

<sup>209</sup> Vean: O. Kimminich, “La propiedad en la Constitución alemana”, en J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de

En este momento entra de nuevo el criterio de la ponderación, parecido al *balancing test* norteamericano, que ahora se combina con el criterio anterior; aunque en la práctica poco margen deja ya el criterio de la pérdida material y el valor del tráfico jurídico. Así, la indemnización, de acuerdo con el art. 14.3.3 LF se calculará ponderando de forma equilibrada los intereses de la colectividad y los de los propietarios. Opfermann mantiene que la ponderación es una “vía de compromiso entre la sujeción al valor del tráfico jurídico y la existencia de un amplio margen de maniobra para fijar la cuantía indemnizatoria” (1974: 33)<sup>210</sup>.

Kimminich, con el que ahora no coincidimos, apunta que no tiene ninguna relevancia práctica la observación “ocasional” del Tribunal Constitucional Federal que afirma que es ajena a la Ley Fundamental la idea de una indemnización rígida, sólo orientada al valor del mercado, y de que “no siempre es necesario restituir al expropiado con el equivalente total del bien” (BVerfGE 24, 421). Este autor opina que la jurisprudencia líder es la del Tribunal Civil Federal que establece que cuando haya una controversia en relación a la indemnización deberá acudirse a los tribunales ordinarios (1995: 171). En esto sí que coincidimos con Kimminich, pero en lo primero no. Creemos acertada la observación del Tribunal Constitucional Federal, ni que sea sólo por cuestiones de jerarquía, cuando afirma que el valor de la indemnización no tiene porque ser el valor del mercado. El precio de la indemnización, entendemos nosotros, de acuerdo con la jurisprudencia española, y con la norteamericana (no toda claro, y con Tribe), debe ser justa, la protección debe ser “constitucional” y no mercantilista. Una cosa es que la indemnización se traduzca en el valor de mercado, pero ello no significa que los valores constitucionales tengan porque traducirse siempre en valores de “mercado”. La solución es más compleja que esto y existen muchos otros intereses que deberán ponderarse y tenerse en cuenta.

Resumiendo, entendemos acertada la opinión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania cuando afirma que: “la interpretación sistemática del art. 14.3.2. y 3 LFB impide entender que sólo se ajusta a la Constitución la indemnización que se calcula de acuerdo con el valor del tráfico juicio o

---

Andalucía, 1995) 151-174.

<sup>210</sup> W. Opfermann, *Die Enteignungsschädigung nach dem Grundgesetz* (Berlín: , 1974). Vean también: W. Opfermann, *Enteignungsschädigung nach dem Grundgesetz, Kommentar* (Stand: , 1991).

valor de mercado” (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 26.10.1977 (BVerfGE 46, 285).

Ni que sea por la propia idea de neutralidad de la Constitución, o por las mismas afirmaciones del Tribunal Constitucional Federal respecto a las intenciones del constituyente queda claro que éste ha querido atribuir al legislador una cierta flexibilidad para fijar la cuantía indemnizatoria (art. 14.3 LF). El legislador es el legitimado para realizar la ponderación entre los intereses colectivos y los del propietario, velando por ambos, claro está. La indemnización debe ser, también en Alemania, “justa”, debe observarse la “justicia material”, ya que toda la vida estatal debe estar sometida al ordenamiento jurídico y a la idea de justicia (Sentencia 20.7.1954, BVerfGE 4, 17).

En conclusión, la indemnización debe establecerse en base a un equilibrio equiparador entre los intereses de esos afectados y los intereses públicos. Los tribunales han indicado que éstas aceptan la posibilidad de que estas indemnizaciones puedan ser diferentes, e incluso más bajas, que las que indicaría el valor del mercado (BVerfGE 24, 367, caso *Deichordnung* (1968) 421). Debe haber un equilibrio justo entre estos dos intereses de acuerdo con el art. 14.3 LF en el cual deben valorarse todos los factores u circunstancias de la expropiación y los intereses del afectado en base al principio de proporcionalidad. El precio del mercado y las pérdidas financieras serán considerados peor no tienen porque determinar la naturaleza o medida del pago en si mismo (G. Leibholz, H-J. Rinch y D. Hesselberger, 1990: 99<sup>211</sup>; Papier, 1990: 510<sup>212</sup>; y Van der Walt 151).

*(vii) La corrección del precio de mercado como indemnización en Italia.*

Con una ley general sobre la expropiación de 1865 (de 25 de junio n° 2359), todavía a vigente hoy, sólo se podía esperar una indemnización generosa en Italia en los primeros años y así ocurrió. En un inicio se aplicaba el valor de mercado, el valor “venal”. El artículo 39 de la Ley disponía que en los

---

<sup>211</sup> G. Leibholz, H-J. Rinch y D. Hesselberger, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 7<sup>a</sup> ed. (Cologne: Verlag Dr Otto Schmidt, 1990).

<sup>212</sup> H-J Papier, “Art. 14”, en T. Maunz, G. Dürig et al (eds), *Grundgesetz Kommentar* (Munich : CH Bech, 1990).

caso de ocupación total el justiprecio se determina por el valor “que el valor hubiera alcanzado en una libre compraventa”. Con los años este valor venal, de mercado, se matiza y reduce. La Ley de 22 de octubre de 1971, n° 865 establece el valor agrícola medio del terreno, según un cálculo automático al que se remite la norma sin tener en cuenta el valor real del inmueble. A pesar de que la Ley es declarada inconstitucional en muchos aspectos (SCC de 30 de enero de 1980 n° 5 600-ss) esta valoración permanece vigente todavía hoy para expropiación rústicas, en las que no existe la presión edificatoria. Así para las áreas urbanas se siguió aplicando el cálculo de la ley decimonónica (SCCasación de 8 de julio de 1985, n° 4901 1579), aunque en algunos casos se ha matizado pero no cambiado del todo (SCCasación de 1 de marzo de 1990, n° 2392 550).

Este tipo de cálculos, basados sobre todo en valores de mercado, han sido reducidos con la Ley de 8 de agosto de 1992, n° 359 (que primero se aprobó por Decreto-Ley de 11 de julio de 1992, n° 333). El artículo 5 bis dispone un cálculo de la indemnización distinto que además puede ser reducido en un 40 %. Esta ley equipara el sistema de cálculo de la indemnización con España y Alemania. La Ley, conocida por la “Ley de Nápoles”, ya que fue concebida para las expropiaciones de las zonas urbanizables de esta ciudad, deja de fijar el precio de la indemnización en el precio de mercado. El justiprecio no puede tener carácter simbólico pero tampoco debe ser el del valor del mercado (SCC de 19 de julio de 1983, n° 223 2057). Esta reducción del 40% además puede ser negociada, precisa la ley, si existe una cesión voluntaria del inmueble. En cuanto a la propiedad urbana, la ley de 1992 añade que el valor del terreno, la capacidad de edificar debe calcularse de acuerdo con las posibilidades reales y legales de edificación, expulsando así del contenido esencial de la propiedad urbana el derecho a edificar.

## **2. EL AMPLIO MARGEN DEL LEGISLADOR PARA REGULAR LA PROPIEDAD Y LA POSIBILIDAD DE MATIZARLO A TRAVÉS DE COMPENSACIONES EQUIPARADORAS NO EXPROPIATORIAS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CUESTIONES MEDIOAMBIENTALES.**

### ***2.1. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS REGULACIONES MATERIALMENTE EXPROPIATORIAS.***

#### *(i) Introducción.*

En España la diferencia entre regulación, expropiación y regulación “materialmente expropiatoria”<sup>213</sup> o lo que en Estados Unidos se denominaría “*regulatory taking*” radica en aspectos formales. Una ley para ser expropiatoria así debe enunciarlo en su propio texto. Y no sólo esto, además, será preciso que esta ley incorpore todos los requisitos formales y materiales de la expropiación. Es decir, una ley que regule una propiedad privada, por ejemplo la urbanística, si quiere ser además expropiatoria, debe definir la causa expropiandi --interés público o general--, el objeto de la expropiación, el alcance de ésta así como de la indemnización, respetando asimismo el contenido esencial de la propiedad privada. Una ley que regula la propiedad y es excesiva, no se convierte en expropiatoria ya que los requisitos formales de la expropiación no se cumplirían, sino que debe

---

<sup>213</sup> Así es como denomina Barnes Vázquez a las regulaciones excesivas. Según este autor son regulaciones materialmente expropiatorias: “aquellas otras leyes que se pueden calificar de materialmente expropiantes por sus efectos o impacto a sus destinatarios, aunque no impliquen la transferencia de la titularidad dominical (p.ej. por la gravedad del menoscabo; cesación en su ejercicio; o supresión de la facultad de goce o disposición, que eventualmente una ley pudiera establecer)” (J. Barnes Vázquez, “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en J. Barnes Vázquez (coord.) et al., *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía, 1995) 25-66, 52).



considerarse inconstitucional por desproporcionada.

El Tribunal Constitucional, ante este tipo de leyes – reguladoras “excesivas” o “materialmente expropiatorias” — debe realizar un juicio en abstracto<sup>214</sup> y establecer si ésta es proporcionada o no y si se ajusta al texto constitucional, partiendo del parámetro del alcance de la función social del derecho de propiedad. En algunos casos, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>215</sup>, puede suceder que la misma ley o el Tribunal Constitucional, en base al principio de proporcionalidad (o/y el de igualdad), decidan otorgar una compensación equiparadora para límites concretos al derecho de propiedad excesivas en supuestos determinados y singulares. Este tipo de compensación no es una indemnización expropiatoria, sino una mera compensación derivada de la ley y del principio de proporcionalidad que en España se ha admitido indirectamente y que aquí defendemos aunque con reticencias. Si bien esta solución evita injusticias materiales y singulares, consideramos que es una respuesta al problema poco formal que crea inseguridad e incertidumbre. Lo más sensato, opinamos, es establecer una clara división entre regulación y expropiación, de acuerdo con la Constitución y desde aquí analizar cuando una regulación es excesiva. En todo caso, este tipo de compensaciones *equiparadoras*, y no expropiatorias, deberán estar fijadas también en la ley.

En las páginas que siguen, apuntamos en qué casos una regulación puede considerarse excesiva, y por lo tanto inconstitucional, y cuando ésta, en base a la función social del derecho de propiedad es

---

<sup>214</sup> Vean sobre este aspecto el artículo, ya comentado aquí, de García de Enterría (E. García de Enterría, “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, *RAP* 141 (1996)).

<sup>215</sup> Nos referimos a la jurisprudencia iniciada con la famosa sentencia, ya mencionada, BVerfGE n° 58 de 14 de julio de 1981 (137-152) conocida con el nombre de *Pflichtexemplarenscheidung*, en la que el Tribunal Constitucional Federal dispone que cuando una regulación legal limite la propiedad de una forma general ajustada a la constitución, pero, en algunos casos singulares, implique cargas especialmente graves, injustificadas e inexigibles desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad e igualdad, y ello pueda ser corregido mediante una compensación económica, la Ley deberá preverla, porque, de lo contrario, será inconstitucional. Esta decisión es una excepción a la regla general de la no indemnizabilidad de la delimitación de derechos. En ella se decidía la constitucionalidad de la Ley de prensa del Land de Hesse sobre libertad y derecho de prensa (de 20 de noviembre de 1958), que establecía que el Ministerio de Educación y Ciencia del Land podía establecer mediante Reglamento (que se aprueba el 21 de marzo de 1977) que se entregara gratuitamente a la biblioteca pública fijada por éste, gratuitamente, un ejemplar de cada publicación que apareciera, con el fin de preservar éstas y garantizar el acceso del público a éstas. Un editor de libros de lujo, de inmenso valor y de tirada corta impugna la medida al considerar que él se encuentra especialmente gravado por ésta. El tribunal administrativo ante el que planteó el recurso el editor, presenta una cuestión de inconstitucionalidad ante el BVerfGE. El Tribunal Constitucional Federal manifiesta que la entrega de volúmenes, en general constituye una delimitación de derechos y no una expropiación. Ahora bien, la Ley fue declarada inconstitucional en la medida que, para ajustarse a derecho, la delimitación debe señalar una compensación económica para éstos casos excepcionales. Si no estuviéramos, concluye el BVerfGE, ante una carga desproporcionada y discriminatoria.

adecuada, constitucional. No se analiza, de momento, el principio de proporcionalidad utilizado en Alemania, ni las distintas teorías norteamericanas, aplicadas en muchos casos *per se*, ya que se hace en otros apartados. De momento, sólo se hace referencia, y de manera muy general – ya que se estudiará con más detenimiento en las páginas posteriores y dentro de cada teoría— al concepto de regulación en España, los criterios empleados por los tribunales españoles para definir el alcance de la delimitación del derecho de propiedad, partiendo de lo que ya se ha dicho en los capítulos sobre la función social y contenido esencial de la propiedad privada anteriores a éste.

*(ii) El contenido esencial como criterio para definir las regulaciones excesivas.*

La delimitación, regulación, del derecho de propiedad puede incluir límites en base a la función social de ésta que deberán respetar su contenido esencial<sup>216</sup>. La sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982 establece “De acuerdo con el precepto transcrito [art. 20.4 CE], en conexión con el artículo 53.1 de la Constitución, la ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el art. 20. “ (FJ 3)<sup>217</sup>. Un contenido esencial que existe antes de la actividad del legislador, ubicado en el mismo texto de la Constitución, pero que, sin embargo no viene definido por ésta. Respecto el derecho de propiedad, el Tribunal Supremo apunta -- basándose en la jurisprudencia constitucional sobre las incompatibilidades de los funcionarios y el avance de la edad de jubilación de jueces y magistrados, que veremos más adelante-- que el límite entre delimitación legal y privación de un derecho patrimonial no es siempre fácil de determinar, “por lo que

---

<sup>216</sup> Vean Jiménez Campo para una explicación sobre la distinción entre delimitación y limitación de un derecho fundamental. Este autor reconoce que existe una confusión pero que la línea divisoria se instala en la definición: “Esta polisemia es fuente de confusión, de modo que, en lo sucesivo, reservaré la palabra “límite” para referirme, estrictamente, a aquellas últimas intervenciones (externas al derecho) y me serviré de la expresión “delimitación” – para englobar todas las acciones públicas que contribuyen en definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental” (J. Jiménez Campo, “El legislador de los derechos fundamentales”, en *Libro Homenaje al profesor Ignacio de Otto* (Oviedo: Secr. Publ. Universidad de Oviedo, 1993) 477-ss, 458).

<sup>217</sup> ¿Qué se entiende por contenido esencial? En esta sentencia el Tribunal Constitucional se plantea la cuestión de si la moralidad pública es o no un límite que el legislador pueda imponer a la libertad de expresión. Para ello el Tribunal Constitucional debe discernir si ello afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión. Para definirlo el Tribunal Constitucional recurre, en base al artículo 10.2 CE a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Convenio de Roma (y llega a la conclusión de que sí se pueden establecer límites a la libertad de expresión en base a la moral pública...). En este caso es pues el Tribunal Constitucional, y no el legislador, el que acaba definiendo qué es y qué no es un límite que puede afectar al contenido esencial del derecho, e indirectamente está definiendo el contenido esencial.

ha de partir de la doctrina sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales...” (sentencia de 20 de enero 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) sobre el derecho caza en Parque Natural en Extremadura (FJ 7)). Así, los límites que los derechos fundamentales deben “soportar” vienen fijados en la Constitución (SSTC 11/1981, FJ 7; STC 2/1982, FJ 5; y STC 110/1984, FJ 5)<sup>218</sup>:

En definitiva, el contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>219</sup>, viene definido en la misma Constitución de acuerdo con el Tribunal Constitucional español. Ello lleva a que, en muchas ocasiones, el que acaba definiendo cuál es el contenido esencial de cada derecho, afectando así a la actividad del legislador *a priori*, o en segundo término, sea el Tribunal Constitucional y en cierta medida la doctrina. El Tribunal Constitucional se ha inclinado por entender que se produce – o para ser más exacto, debería darse-- una expropiación forzosa si la limitación del derecho de propiedad es tan grave que afecta, de manera singular, el contenido esencial de un derecho de propiedad. La clave está en fijar la delimitación que pueda realizar el legislador y la limitación que pueda padecer a el derecho fundamental y en concreto el derecho de propiedad privada.

## **2. 2. LA IDENTIFICACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD Y REGULACIÓN EXCESIVA (INCONSTITUCIONAL).**

La estrecha relación que existe entre la delimitación de derechos y la expropiación se ha puesto de relieve en el plano legislativo, con motivo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), y otras normas funcionariales, la Ley de 29/1985, de 2 de agosto, de aguas (LA), la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (LC), y las sentencias del Tribunal

<sup>218</sup> “Todo derecho tiene sus límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar, no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos” (STC 11/1981, FJ 7, y STC 2/1982, FJ 5)” (STC 110/1984, FJ 5).

<sup>219</sup> Insistimos, una vez más y tal y como hemos señalado en el capítulo segundo, que aquí se sigue la noción de derecho fundamental defendida por Jiménez Campo, entre muchos otros, y que puede resumirse en que: “El concepto de “derecho fundamental” en nuestro ordenamiento es el que, por contraste con lo dispuesto en el número 3 del artículo 53 CE, deriva del número 1 del mismo artículo, vale decir, derechos resistentes, en su “contenido esencial”, a la acción legislativa. Sólo por eso merecen la calificación de “fundamentales” todos los derechos enumerados en el Capítulo Segundo del Título I, tanto en la Sección 1ª como en la Sección 2ª. El pudoroso distingo que la jurisprudencia constitucional viene haciendo, desde la STC 16/1981, FJ 10, entre “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales” reconocidos en aquel Título (estos últimos, los declarados en la Sección 2ª) carece de sentido jurídico” (Jiménez Campo, 1996: 450).

Constitucional que se pronunciaron sobre su constitucionalidad. Las preguntas que interesa contestar son: ¿ Cuándo debe indemnizarse? ¿ Cuál es la diferencia entre expropiación y delimitación de derechos? ¿ Significa esta diferenciación que en ningún caso la delimitación de derechos podrá llevar a una indemnización?<sup>220</sup>

(i) *Los argumentos de la doctrina italiana que coinciden con las decisiones del Tribunal Constitucional español versus los criterios “mercantilistas” de la jurisprudencia de la Corte Costituzionale.*

Disponemos de distintas teorías que se han utilizado por parte de la doctrina y de los tribunales para diferenciar la expropiación de la delimitación de derechos. En Italia, como ya se ha visto, la Corte Constitucional considera tradicionalmente expropiación a las intervenciones sobre la propiedad que incidan sobre el destino “natural” del bien en un determinado momento histórico o que disminuyan su valor de cambio<sup>221</sup>. Mientras que no se han considerado expropiación la delimitación objetiva y determinable a priori de las diversas categorías de bienes y la reglamentación general del régimen de pertenencia. Asimismo, la Corte se ha reservado una zona de discrecionalidad para decidir sobre situaciones intermedias. En Italia, por un lado están autores como Rodotà<sup>222</sup>, Predieri<sup>223</sup> o Giannini<sup>224</sup>, doctrina mayoritaria (y Sandulli en un grupo más minoritario hoy si bien apoyado por una amplia

---

<sup>220</sup> Vid.: A. Nieto García, “Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa”, *RAP* 38 (1962).

<sup>221</sup> Recordamos que en Italia no existe un artículo como el 53.1 CE, ni como el 19.2 LF, que exija que sólo por ley, que debe respetar además su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio del derecho de propiedad. En Italia, a pesar de faltar artículos como los descritos, una parte de la doctrina, así como la misma Corte Constitucional –sobre todo en los años sesenta–, han defendido la existencia de un contenido esencial “constitucional” del derecho de propiedad que debe protegerse en todo caso – en base a la teoría de la sustancia. Autores como Giannini, profesor de la Universidad de Florencia, o Rodotà se oponen con contundencia a este tipo de interpretación (M.S. Giannini, “Basi costituzionali della proprietà privata”, *Politica del diritto* 4-5 (1971) 443-ss; y S. Rodotà, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid: Civitas, 1986)).

<sup>222</sup> Vid.: S. Rodotà, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid: Civitas, 1986); S. Rodotà, “Proprietà – Diritto vigente” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV (Torino, 1967); y S. Rodotà, *Il Diritto privato nella società moderna* (Bologna: Il Mulino, 1971).

<sup>223</sup> Vid.: A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione. Saggi* (Milano: Giuffrè, 1969).

<sup>224</sup> M.S. Giannini, “Basi costituzionali della proprietà privata”, *Politica del diritto* 4-5 (1971) 443-ss.

jurisprudencia constitucional) que son imprescindibles para comprender la propiedad actualmente en el mundo occidental; y por otro, tenemos a la jurisprudencia de la Corte Costituzionale que nos parece confusa o por lo menos no del todo trasposable a España. Ello es por dos razones: una, porque en Italia no existe un reconocimiento constitucional de la propiedad como el que pueda ofrecer un artículo como el 53.1 CE --aunque sí un reconocimiento constitucional, aunque con matices<sup>225</sup>--, y otra, porque la Corte Constitucional ha adoptado durante años un concepto de expropiación extenso que va más allá de la expropiación formal basándose, con demasiada frecuencia, en criterios mercantiles. En cierta medida, puede decirse que la Corte Costituzionale ha olvidado el requisito de función social que tan intensamente le requería su propia Constitución (Rodotà, 1986: 367).

Tal y como apunta Morbidelli, la Corte Costituzionale maneja el criterio material de expropiación de la teoría de la minoración de la sustancia combinado con el criterio formal de la teoría, también alemana, del acto singular (1997: 77)<sup>226</sup>. En base a estas teorías existe expropiación --es decir, y siendo más exactos, existe una regulación excesiva del derecho de propiedad que lleva a la declaración de inconstitucionalidad de la ley-- cuando, la intervención pública elimine el contenido esencial del derecho de propiedad de manera singular (Mir, 2002: 90)<sup>227</sup>.

El máximo defensor de la “esencialidad” del derecho de propiedad, Sandulli y su artículo de 1961<sup>228</sup> --dónde defiende como límite a la regulación no sólo el del contenido esencial de la propiedad sino además el de la singularidad de tal limitación-- es también responsable de la jurisprudencia que acaba dictando la Corte Constitucional a finales de los sesenta. En 1966 este tribunal declara inconstitucional la Ley de 20 de diciembre de 1932, nº 1849 sobre servidumbres militares por entender que establece limitaciones -- que alcanzan el título de “expropiatorias” -- sin indemnización alguna<sup>229</sup>. Y

<sup>225</sup> Autores como Grossi y sobre todo Sandulli están mucho más predispuestos a ver este reconocimiento constitucional, mientras que Giannini, Predieri y Rodotà, si bien lo reconocen, depositan toda su confianza en el legislador.

<sup>226</sup> Vid.: G. Morbidelli, “La proprietà. Il governo del territorio”, en G. Amato y A. Barbera (coord.), *Manuale di diritto pubblico. III. L'azione dei pubblici poteri* 5ª ed. (Bologna: Il Mulino, 1997).

<sup>227</sup> Vid.: O. Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema* (Madrid: Civitas, 2002).

<sup>228</sup> A. M. Sandulli, “Natura ed effetti dell' imposizione di vincoli paesistici” *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (1961) 823-834.

<sup>229</sup> Sentencia de la Corte Costituzionale (en adelante “SCC”) de 20 de enero de 1966, nº 6 (72-92).

en 1968, confirmando la decisión anterior, la misma Corte Constitucional (sentencia de 29 de mayo 1968, n° 55), dispone que son inconstitucionales los artículos siete y cuarenta de la Ley Urbanística de 17 de agosto de 1942, n° 1150, porque permiten a los planes generales establecer limitaciones a la propiedad excesivas, según el tribunal, sin que se prevea indemnización alguna, todas ellas relacionadas con el derecho a edificar. Rodotà define esta decisión como el *leading case* que dirige toda la jurisprudencia hacia una idea equivocada, a su juicio, del derecho de propiedad, su función social y la delimitación de éste (1986: 337-ss). Esta sentencia, apunta el mismo autor, implica un “reforzamiento del derecho de propiedad” no ajustado a la noción de función social de la Constitución en base a “actitudes realistas” de acuerdo con la “realidad económica” y no con la realidad constitucional (Rodotà, 1986: 338)<sup>230</sup>.

La decisión SCC 55/1968 ha sido confirmada por la sentencia de 1999 n° 179 de 20 de mayo (1750-1762). También del año 1968 es la sentencia n° 56, de 29 de mayo (884-897) en la que se sigue manejando la teoría de la singularidad de la intervención pública, pero en este caso para negar la indemnización, por no considerar expropiatorias, por ser generales, las limitaciones a la utilización de tierras impuestas por la ley con el fin de proteger el paisaje. La “generalidad” la Corte la ubica en que la ley<sup>231</sup> hace referencia a *todas* las “bellezas naturales” afectadas. Este tipo de criterio se utiliza asimismo a lo largo de los años setenta y ochenta<sup>232</sup>. Sin embargo, el “enfoque económico” sigue

---

<sup>230</sup> Rodotà escribe: “Ello resulta claramente, en primer lugar, de la referencia al hecho de que sólo una expresa eliminación legislativa de la facultad de edificar excluye la posibilidad de investigar en punto las situaciones merecedoras de indemnización (...) la noción formal de propiedad se utiliza sólo como un punto de arranque para una reconstrucción que tiende a garantizar sobre todo la homogeneidad entre el ámbito de aplicación de la tutela jurídica y valores expresados por el mercado. De este anclaje en el mercado, en el que ya no intermedia una valoración legislativa, resulta una noción de propiedad mucho más móvil y “líquida” que la tradicional, indudablemente mucho más presta para adaptarse a las variaciones de la realidad económica y en este sentido mucho más moderna y mucho más directamente modelada sobre las situaciones de hecho...” (1986, 339). Y podríamos continuar con los brillante exposición de Rodotà, autor de referencia ineludible – ni que sea para criticarlo – al que me remito para no acabar repitiendo todos sus argumentos. Por ello aquí sí valoramos la excelente doctrina italiana sobre el derecho de propiedad, mientras que eludimos un poco más la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional español ha sido más seguidor también, aunque de manera muy confusa, de la doctrina italiana, que no de su jurisprudencia. Ejemplo de ello lo son las sentencias sobre las leyes urbanísticas españolas respecto las cuales el Tribunal Constitucional español ha declarado que el derecho a edificar no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad urbana. El derecho a edificar está condicionado, en virtud de la función social de la propiedad, a lo que se vaya consiguiendo a través de las regulaciones administrativas. Muy distinto, como se ha visto, de lo ocurrido en Italia a pesar de que en ese país no existe un artículo como el 53.1 CE que exige ley y respeto del contenido esencial para regular la propiedad.

<sup>231</sup> Ley de la provincia de Bolzano de 24 de julio, n° 8, de protección del paisaje.

<sup>232</sup> Las sentencias a las que hacemos referencia son: SCC de 26 de abril de 1971, n° 79 (687-691) – en la que se declara constitucional la Ley de 24 de abril de 1935, n° 740, de constitución del parque nacional de Stelvio--; sentencia de 22 de junio

latente, tal y como apunta Rodotà (1986: 367). Ejemplo de ello es la sentencia de 25 de enero de 1980 nº 5 en que la Corte Constitucional vuelve a enfrentarse a la cuestión de la separación entre *ius aedificandi* y el derecho de propiedad. La decisión, al analizar la Ley sobre el tema de 28 de enero de 1977, rechaza tal separación con argumentaciones vagas: la cuantía del justiprecio, declara la sentencia, debe referirse “al valor del bien, determinado por sus características esenciales y por su destino económico, porque sólo de este modo el justiprecio constituye una restauración para el expropiado”. Así, si bien en abstracto se reconoce el poder de configuración del legislador, en concreto, precisa Rodotà, “se niega, desde el momento en que en sustancia se afirma que no puede contradecir los datos suministrados por el mercado, que es, pues, el verdadero dato “natural”, en cuya tutela continúan estando interesados los defensores de la lógica tradicional de la propiedad. Persiste, pues, un enganche en nociones meta legislativas, que resultan así la verdadera razón de restringir de un modo sustancial el poder legislativo de modificar el contenido de la propiedad” (1986: 367-368). Es decir, en Italia, se omiten teorías como las del *balancing test* norteamericano establecido en *Penn Central Station* (del que ya hablaremos) en que la Corte Suprema insiste en que deben ponerse en una balanza los intereses generales con los particulares.

Priederi a ello añade que el legislador debe tener un amplio margen, también en base a la función social como en España, para delimitar el contenido del derecho de propiedad. Coincidimos con Priederi asimismo cuando afirma que la concreta normativa emanada por el legislador en cada momento es la que debe asumirse, y no la determinada por el contenido esencial, debido a que en Italia no existe tal referencia del contenido esencial como en la LFB (art. 19.2) (1969: 114-154)<sup>233</sup>. En España y Alemania, esto es distinto. Ahora bien, ni que el contenido esencial sea un límite externo y parte de la misma delimitación del derecho de propiedad en estos dos países, lo cierto es que no se puede fijar a

---

de 1971, nº 133 (1519-1548) – caso sobre autopistas en que también es constitucional la limitación que impone a los propietarios la Ley de 24 de julio de 1961, nº 729, que radica en la prohibición de edificación y plantación de árboles en los márgenes de la autopista sin otorgar indemnización--; sentencia de 20 de febrero de 1973, nº 9 (31-46) –también sobre protección del paisaje, en que se limita la propiedad, sin compensación, con el fin de proteger las “bellezas naturales” y ambientales de las colinas Eugáneas--; sentencia de 4 de julio de 1974, nº 202 (1692-1697) y sentencia de 20 de diciembre de 1976, nº 245 (1885-1888) – en la que se declara asimismo constitucionales varios artículos de la Ley de 1 de junio de 1939, nº 1089, que tienen por fin la protección de los bienes de interés histórico-artístico--; y la sentencia de 16 de junio de 1988 (3020-30-22) –sobre los límites impuestos a la propiedad, que son considerados constitucionales, con el fin de garantizar la seguridad en las pistas de esquí establecida en la Ley de la provincia de Trento de 11 de noviembre de 1968, nº 20 (en concreto la Ley prohíbe la introducción de elementos en éstas).

priori de manera definitiva en qué consiste éste, sino que es el legislador el que al delimitar la propiedad lo irá configurando, siempre, claro está, de acuerdo con la Constitución<sup>234</sup>. Por eso también creemos apropiado trasladar la afirmación de Predieri a estos dos países: el legislador goza de un amplio margen para delimitar la propiedad y más si tenemos en cuenta la importancia de la función social de la propiedad<sup>235</sup>.

(ii) *Algunas propuestas de la doctrina alemana.*

Alemania, junto con Estados Unidos, es el país en que se han configurado más tesis con el fin de distinguir entre expropiación – o regulación “excesiva” -- y regulación de la propiedad<sup>236</sup>. Algunas de ellas han sido adoptadas por el Tribunal Constitucional español --en concreto la del acto singular y la del sacrificio especial (SSTC 227/1988 y 170/1989)<sup>237</sup>. Entre todas ellas destacan las siguientes: La teoría del merecimiento de protección (*Schutzwürdigkeitstheorie*), defendida por Walter Jellinek<sup>238</sup>, establece que lo determinante para definir qué es expropiación es ver si la regulación afecta o no un aspecto de la propiedad digno de protección. La Teoría de la minoración de la sustancia o esencia mantenida por Ernst Rudolf Huber y W. Schlecher dispone que lo importante es comprobar si tras la intervención sigue o no presente la sustancia, la esencia, el contenido esencial de la propiedad. La

---

<sup>233</sup> Vid.: A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione. Saggi* (Milano: Giuffrè, 1969).

<sup>234</sup> Vid.: J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Madrid: Editorial Trotta, 1999).

<sup>235</sup> Giannini, siguiendo a Predieri, mantiene que el legislador goza de un amplio poder para regular la propiedad que queda sólo limitada por el necesario respeto a la función social de la propiedad y por el deber de hacerla accesible a todos los ciudadanos (ex art. 3 de la Constitución italiana sobre el principio de igualdad material). Critica, asimismo, la jurisprudencia italiana que asume las antiguas teorías alemanas (también olvidadas ya allí) que amplían el concepto de propiedad y de expropiación forzosa. Giannini aboga por una interpretación “lógico-literal” del art. 42.3 CI en la que la expropiación forzosa debe quedar reducida a su estricto ámbito en el que haya realmente una ablación del derecho de propiedad real y no sancionatoria. El art. 42.3 CI añade el autor, contempla solamente la expropiación forzosa y no toda limitación de derechos, no toda expropiación forzosa. Se sabrá cuando estamos ante una expropiación forzosa cuando en su virtud se adquiere la utilidad de una cosa ajena (Giannini, 1971: 461-501).

<sup>236</sup> Vid.: L. Parejo Alfonso, “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística del derecho alemán (II)”, *REDA* 19 (1978): 550-570.

<sup>237</sup> Vid.: F. Rey Martínez, “Derecho de propiedad privada”, (Documento policopiado, Madrid, 2000).

<sup>238</sup> W. Jellinek, *Verwaltungsrecht* 3ª ed (Berlín: Verlag Dr. Max Gehlen, 1996) 413.



teoría de la exigibilidad, defendida por Stödter y Maunz, examina si el menoscabo sufrido por la propiedad en atención a su intensidad es o no exigible. La de la utilidad privada, teoría propugnada por Reinhardt, establece que debe analizarse si la intervención pública elimina o limita esencialmente el principio de la utilidad privada de la propiedad.

Finalmente, tenemos la teoría de la alineación o pérdida de la finalidad, mantenida por Forsthoff, que dispone que la clave es establecer si la propiedad puede seguir siendo utilizada según su finalidad propia. Todas estas tesis, de las que vamos a hablar un poco más en apartados posteriores, tienen en común el uso de criterios materiales para la definición de la existencia o no de expropiación en la intervención pública cuestionada haciendo una lectura expansiva del apartado tercero del artículo 14 LFB. Actualmente, sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán sigue adoptando nuevas teorías que se han reflejado sobre todo a partir de la sentencia del BVerfGE de 15 de julio de 1981 que puede considerarse el *leading case* y que determina que las diferencias entre expropiación y delimitación de derechos con gran exactitud, como ya hemos descrito en los párrafos anteriores.

Una vez diferenciada la expropiación de la delimitación de derechos en Alemania se contempla otra cuestión que es ¿cuándo la delimitación del derecho de propiedad, hecha a través de una Ley, debe prever, la Ley que la regule, indemnizaciones para los casos concretos y excepcionales? de la que ya hemos hablado un poco antes. Este tipo de solución, como ya hemos dicho varias veces, resuelve injusticias materiales pero desde el punto de vista formal es un poco confusa, aunque práctica. Confusa en el sentido de que no acaba de verse porque debe llamársele compensación equiparadora – para evitar la desproporcionalidad --en vez de directamente expropiación, si igualmente va a tener que definirse de manera específica en la ley que regule la propiedad. Ejemplo de ello es el caso alemán estudiado en la sentencia del BVerfGE de 14 de julio de 1984. En éste se realiza una excepción a la no indemnizabilidad de la delimitación de derechos en base al principio de proporcionalidad y de igualdad corrigiéndose la posible desproporcionalidad o desigualdad a través de una indemnización económica prevista en la ley – sobre todo recordamos la importancia de que esté prevista en la misma ley reguladora de la propiedad<sup>239</sup>. La sentencia analiza la Ley de prensa del *Land* de Hessen según la cual

---

<sup>239</sup> Ejemplo de lo que es la delimitación de derechos que prevé compensación económica para casos excepcionales lo son los que prevén la Ley alemana de carreteras, la Ley federal de protección contra inmisiones de 15 de marzo de 1974, que declara indemnizables, en determinados supuestos, los ruidos derivados de la circulación viaria, de tranvía y ferrocarril que

todos los editores deben entregar gratuitamente a la biblioteca central del *Land* un ejemplar de los libros que editaran. Con ello se pretende que todas las publicaciones quedaran reunidas en un sólo lugar central y “consultable”. Un Tribunal Administrativo plantea una cuestión de inconstitucionalidad después de que un editor impugnara la medida ya que él sólo publica ediciones limitadas de lujo, y considera que se veía gravado de manera especial, singular y desigual. El tribunal declara inconstitucional la Ley en la medida en que no prevé una compensación económica para estos casos excepcionales. De este modo el Tribunal Constitucional salva la constitucionalidad de la ley y sigue denominándola como una ley reguladora del derecho de propiedad.

*(iii) Los regulatory takings americanos como solución a las regulaciones excesivas.*

En Estados Unidos se definen los criterios que diferencian entre una delimitación de derechos “no indemnizable” y una regulación expropiatoria que acarrea indemnización a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema que estudia estos aspectos respecto sobre todo en la ordenación urbanística. Los criterios que ha utilizado la jurisprudencia americana a grandes rasgos son: (i) la disminución de todo el valor económico<sup>240</sup>, (ii) La disminución del valor económico de la propiedad requiere un *balancing test*. Las normas que meramente disminuyen el valor de la propiedad no se consideran expropiación si dejan un uso viable económico para la propiedad. Para realizar esta interpretación, la Corte considerará, entre otros rasgos: (i) Los objetivos sociales que se tienen que conseguir, (ii) la disminución del valor de la propiedad que representa para el propietario, (iii) y las expectativas razonables del propietario.

Una norma, cuanto más drástica sea respecto la reducción del valor o cuánto menos promueva el

---

trasvasen los límites permitidos.

<sup>240</sup> En el caso de la *Penn Central Transportation Co. v. New York City* (1978) la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió que la prohibición de construir un edificio de 53 plantas en la estación de Nueva York de Penn Central de la isla de Manhattan por parte de la ciudad de Nueva York por razones estéticas y de identidad no debía conllevar indemnización ya que se consideró que la norma no afectaba la actividad principal y original del uso del suelo por parte de la estación: continuar siendo una estación de tren.

*public welfare*, más probabilidades tendrá de ser considerada una expropiación – lo que en España sería una regulación excesiva e inconstitucional por ser materialmente expropiatoria-- . El remedio en estos casos deberá ser la compensación. Si la regulación llega a ser una expropiación, el *government* debe: pagar la indemnización y extinguir la regulación o pagar al propietario los daños que ha sufrido mientras la regulación estaba vigente. De acuerdo con Tribe<sup>241</sup> una regulación se considerará expropiación si el valor de la propiedad es virtualmente destruido (“*forcing someone to stop doing things with his property – telling him “you can keep it, but you can’t use it”- is at times indistinguishable, in ordinary terms, from grabbing it and handing it over to someone else. Thus, a taking occurs in this ordinary sense when government controls a person’s use of property so tightly that, although some uses remain to the owner, the property’s value has been virtually destroyed*”) (1988:593)<sup>242</sup>. En conclusión, y aquí se avanza que, los criterios que se utilizan en Estados Unidos respecto a la expropiación son los materiales y también la teoría del acto singular, entre muchos otros, como se verá.

### **2. 3. EL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD, EN ABSTRACTO, PARA IDENTIFICAR UNA REGULACIÓN EXCESIVA DE LA PROPIEDAD EN ESPAÑA CON ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.**

#### *(i) Introducción.*

Ni en Estados Unidos, ni en España, se ha optado por una de las teorías de manera definitiva. La jurisprudencia alemana y la española parecen defender en general que, una norma delimitadora del derecho de propiedad sigue siendo una norma reguladora de la propiedad aunque viole los límites

---

<sup>241</sup> Tribe, L.H., *American Constitutional Law* (New York: The Foundation Press, Inc., 2000).

<sup>242</sup> Existen decenas de casos en la jurisprudencia constitucional Americana en este sentido tal y como apunta el profesor Tribe en su libro (1988: 593). Los casos más destacados son: *Pennsylvania Coal Co. v. Maon* (1922), *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.* (1926), y *Goldblatt v. Hempstead* (1962).

constitucionales. En este caso la ley no se convierte en una norma expropiatoria -como ocurre en Estados Unidos-- sino que será inconstitucional y por lo tanto nula. El análisis en España y Alemania pues, es más de tipo abstracto, en cada caso deberá valorarse si la ley es constitucional o no, por excesiva. Los criterios que vamos apuntando, y describiremos aquí, deben ubicarse en este marco: el del examen de constitucionalidad, en abstracto, de la ley.

La cuestión de la indemnizabilidad por parte de la colectividad debe resolverse. Es decir, es preciso distinguir entre expropiación forzosa y delimitación de derechos con el fin de evitar tratos que de no ser indemnizados podrían llegar a ser discriminatorios y por ello inconstitucionales ¿Cuándo habrá que indemnizar a los afectados y cuándo no? En nuestro ordenamiento el problema se ha planteado en numerosos casos. Ejemplo de ello es la Ley de medidas para la reforma de la función pública de 1984 (LMRFP), que adelantó la edad de jubilación - que pasó de los 70 a los 65 años de edad, con la consiguiente reducción salarial y de tiempo de cotización de los funcionarios (art. 33) y las leyes que también adelantaron la edad de jubilación de jueces y magistrados, por un lado, y la de los funcionarios del cuerpo de profesores de Educación General Básica. Artículo 386 de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio y D-Ley 17/1982, de 24 de septiembre respectivamente. En ambos casos el Tribunal Constitucional declaró que estábamos ante una delimitación de derechos constitucional - y no indemnizable por tratarse de meras expectativas.

El Tribunal Constitucional también consideró que estábamos ante una delimitación de derechos en los siguientes supuestos: En la sentencia sobre la Ley de aguas de 1985, que amplió notablemente el dominio público hidráulico, demanializando la práctica totalidad de las aguas (artículos 1.2 y 2 de la LA)) y en la de la Ley de costas de 1988 que extendió de forma considerable el dominio público marítimo-terrestre (demanializando incluso los enclaves cuya propiedad privada hubiera sido reconocida por sentencia firme) e impuso una serie de importantes limitaciones sobre las propiedades a él adyacentes (las denominadas servidumbres de protección, tránsito y acceso al mar, así como las impuestas en la llamada zona de influencia (arts. 3 a 6, 23 a 30 y DT 1ª LC). Existen cientos de casos sobre este tema, y cada uno establece su propio criterio a pesar de que hay algunos principios comunes. En los últimos capítulos de este estudio se examinan detalladamente. Antes también cabría preguntarse

cómo incide el principio de igualdad en la atribución de indemnización por razones expropiatorias<sup>243</sup> y respecto a la delimitación de derechos.

Recapitulando, y a grandes rasgos, los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional son: No se consideran regulación excesiva las medidas legales de delimitación o regulación general de un derecho si éstas no privan singularmente del mismo a sus titulares. En este caso estaremos, como se dijo en la sentencia sobre la Ley de Aguas de 1985<sup>244</sup>, ante una configuración *ex novo* modificativa de la situación normativa anterior. Estas limitaciones, aunque impliquen una reforma restrictiva de los derechos dominicales, o de algunas de sus facultades no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. La delimitación del derecho de propiedad en este sentido está justificada, afirma el Tribunal Constitucional, en base al interés general, que debe tener presentes el legislador por imperativo directo constitucional, y más si estamos ante el derecho de propiedad (art. 33.2 de la Constitución) que es un derecho que debe delimitarse por la ley en atención a su función social (STC 227/1988, FJ 11)<sup>245</sup>.

Así, aunque la delimitación implique una restricción de los derechos, o simples facultades, que hasta el momento se disfrutaban; ello no significa que estemos, enuncia el Tribunal Constitucional, en la sentencia sobre la Ley de Costas, ante una privación de derechos que permita exigir la indemnización que el artículo 33.3 de la Constitución garantiza (STC 149/1991, FJ 8 A)<sup>246</sup>. Excepcionalmente si

---

<sup>243</sup> Julia Celdrán Ruano, "Aproximación al estudio de un tema actual: La responsabilidad del Estado por actos de aplicación de las leyes", vol. I en Universidad de Murcia, *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal* (Madrid: Editorial Tecnos, 1997).

<sup>244</sup> Esta ley ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la vigente Ley de Aguas.

<sup>245</sup> Concretamente el Tribunal Constitucional establece: "distintas [de la expropiación] son las medidas legales de delimitación o regulación general de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex novo* modificativa de la situación normativa anterior", de forma que... "aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, o están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria", sino que aparecen justificadas en las exigencias del interés general que debe tener presentes el legislador, lo que resulta especialmente evidente en relación al derecho de propiedad, cuyo contenido, por imperativo directo constitucional (art. 33.2 de la Constitución), debe delimitarse por la ley en atención a su función social" (STC 227/1988, FJ 11)

<sup>246</sup> Así el Tribunal Constitucional puntualiza literalmente que "aunque las limitaciones que la ley establezca al delimitar el contenido del derecho de propiedad sobre las distintas clases de bienes, de conformidad con su función social, "impliquen una restricción de los derechos (o simples facultades), que antes [del cambio legislativo] se tenían, no implican necesariamente privación de derechos que permita, en consecuencia, exigir la indemnización que el artículo 33.3 de la Constitución garantiza"

cabrá indemnización – o se considerará regulación excesiva-- si concurren las siguientes circunstancias: (i) que tales limitaciones impuestas por la ley supongan una lesión del contenido esencial del derecho de propiedad (ii) que afecte al propietario de manera excesiva y (iii) singular (STC 227/1988, FJ 11)<sup>247</sup>, es decir, si la delimitación del derecho de propiedad llega “a anular la utilidad meramente individual” del derecho hasta desnaturalizándolo, haciéndolo “irreconocible como perteneciente al tipo [constitucionalmente] descrito”. Esta *reconocibilidad* se analiza desde dos ámbitos: desde el punto de vista histórico, entendiendo que además debe partirse del momento histórico actual; y también desde otro más práctico: debe estudiarse cuáles son las posibilidades efectivas de realización del derecho que permanecen después de la regulación del derecho de propiedad que se haya realizado<sup>248</sup>.

La “*practicabilidad*” o posibilidad efectiva de realización del derecho se deduce de la redacción del derecho de propiedad: las limitaciones no pueden ir más allá de lo razonable (STC 37/19987, FJ 2)<sup>249</sup>. Por razonable la jurisprudencia constitucional – y en concreto a partir de la sentencia sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía - ha entendido que las medidas no fueran arbitrarias. Y normalmente, como pasa en Estados Unidos, mientras al propietario siga teniendo una posibilidad de explotación económica, ni que sea mínima, la delimitación del derecho de propiedad se considerará constitucional. De este modo, en nuestro país se ha considerado constitucional por parte del Alto Tribunal: la conversión de títulos de propiedad en concesiones por un tiempo limitado de años, la limitación en el tiempo de los contratos de arrendamiento urbano, el arrendamiento forzoso de las fincas rústicas que no fueran explotadas debidamente y la imposibilidad de construir en un terreno a la vera del mar que hasta

---

(STC 149/1991, FJ 8 A)

<sup>247</sup> Literalmente el Tribunal Constitucional escribe que sí cabrá una indemnización si: tales limitaciones impuestas por la ley supongan “desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente (STC 227/1988, FJ 11).

<sup>248</sup> Vid.: también los comentarios a estas sentencias que realiza Pérez Luño (1997: 531).

<sup>249</sup> Se vulnera el contenido esencial del derecho de propiedad si las medidas contenidas en la ley reguladora y delimitadora del derecho llegaran “a anular la utilidad meramente individual” del mismo, desnaturalizándolo de modo que se haga “irreconocible como perteneciente al tipo [constitucionalmente] descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica”, en cuanto ello supone desconocer “el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable” (STC 37/19987, FJ 2).

el momento era urbanizable en base al inter3s general sin que en ninguno de 3stos casos se otorgue indemnizaci3n de manera general. No se han considerado una regulaci3n excesiva ninguno de estos supuestos por la sencilla raz3n de que la propietaria seguí a teniendo asegurado una posibilidad de explotaci3n econ3mica de la propiedad, un m3nimo propiedad. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional ha escrito que comprende que las limitaciones son graves, pero que 3sas no destruyen el contenido esencial del derecho y por lo tanto, no estamos ante una expropiaci3n que exija indemnizaci3n. Este tipo de enfoque ha sido utilizado con frecuencia en Estados Unidos como vamos a ver.

Respecto estas afirmaciones, que son las generales y m3s importantes, se apuntan los siguientes matices y ejemplos: La regulaci3n y limitaci3n que se imponga al derecho de propiedad debe ser proporcional y debe dejar un m3nimo o alternativa “econ3mica” al propietario respecto al bien si no no estaríamos ante una delimitaci3n del derecho de propiedad, sino ante una expropiaci3n, o mejor dicho, ante una regulaci3n excesiva – que debía haber incluido en ella las garant3as de la expropiaci3n. En la sentencia 66/91, de 22 de marzo, sobre los cangrejos de r3o<sup>250</sup>, el Tribunal Constitucional considera que no estamos ante una regulaci3n excesiva cuando se prohíbe la circulaci3n de cangrejos de r3o, por m3s que ello dañe su valor econ3mico – los recurrentes creen que la regulaci3n convierte a los cangrejos en *res extra commercium*—ya que 3stos siguen disponiendo todav3a de un valor econ3mico m3nimo – siguen disponiendo de su propiedad-- . Adem3s la medida se ha impuesto, entre otras razones, con el fin de proteger el medio ambiente<sup>251</sup> y teniendo en cuenta las circunstancias – existe en la Comunidad el

---

<sup>250</sup> En este caso el Gobierno de la Naci3n impugna y pide por la v3a del T3tulo V de la LOTC que se declare la nulidad del art. 2 de la Orden de la Consejer3a de Agricultura, Ganader3a y Montes de la Junta de Castilla y Le3n, de 7 de enero de 1988, por la que se prohíbe la venta de cangrejos vivos de r3o de cualquier especie en todo el territorio de la Comunidad Aut3noma. La medida impugnada se orienta a la ordenaci3n zoot3cnica sanitaria del cangrejo en las aguas fluviales de la Comunidad, debido al agravamiento de la afanomicosis o peste del cangrejo, acentuada por la aparici3n de otras especies introducidas fraudulentamente en las aguas citadas. No obstante, el Gobierno estima que tal medida obstaculiza la libre circulaci3n de una categor3a de bienes -los cangrejos- en todo el territorio espa3ol y resulta desproporcionada a los fines de protecci3n de los ecosistemas fluviales y del medio ambiente.

<sup>251</sup> La disposici3n se refiere a las medidas que prohíben la libre circulaci3n de bienes en la Comunidad Aut3noma: “De esta forma, para ponderar la constitucionalidad de la prohibici3n impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulaci3n de bienes como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada desde la perspectiva seleccionada por el Abogado del Estado, de los fines propios de la Comunidad de Castilla y Le3n en orden a la protecci3n de los ecosistemas fluviales y del medio ambiente, es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad, en el que, adem3s del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad constitucional del mismo, se verifique tambi3n la relaci3n de causalidad y necesidad que con 3l debe guardar la prohibici3n en cuanto medio ordenado para hacerlo posible” (STC 66/1991).

peligro de quedar afectada por la peste del cangrejo. Por lo tanto la medida es proporcionada<sup>252</sup>, y no puede considerarse arbitraria, ni contraria a la Constitución. En conclusión, de la sentencia se desprende que las trabas al uso y disfrute de la propiedad deben ser proporcionadas, constitucionales y debe existir una relación de causalidad entre la medida y el resultado: “Se reconoce que se están imponiendo trabas al uso y disfrute de la propiedad pero que estas son proporcionadas y constitucionales. En la decisión se exige además que haya una relación de causalidad y necesidad entre la medida y el resultado de ella. Y finalmente se entiende que la función social de la propiedad en este caso equivale a la protección del medio ambiente” (STC 66/1991, FJ 2)<sup>253</sup>.

En España el interés general prima ante los intereses individuales -aunque ello no puede significar, de ningún modo, que puedan anularse tales derechos subjetivos-. Esta tendencia se ve reflejada en la mayoría de decisiones del Tribunal Constitucional. La sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas Estatal, que ya hemos comentado anteriormente, por ser especialmente explícita es un buen ejemplo de ello. En ella el Tribunal Constitucional manifiesta que una regulación de un derecho ex novo no es una expropiación, aunque se limite o se extraigan o se apliquen restricciones graves sobre algunas de las facultades que hasta el momento se tenían. Todo lo contrario, el legislador cuando

---

<sup>252</sup> El Tribunal Constitucional dispone que a pesar de que la regulación implica algunas consecuencias desde la perspectiva del derecho a la propiedad privada “derivados no tanto del hecho de que, como el Abogado del Estado aduce en abstracto se impidan actos dispositivos sobre un bien susceptible de apropiación, cuanto, más bien de la posibilidad de que, a resultas de la prohibición, se vea afectado, mediante la interdicción de ciertos usos económicos -los comerciales- el pleno ejercicio de la *in re potestas* de quienes, por cualquier título válido, hayan adquirido en propiedad bienes que, de forma sobrevenida, se declaran *extra commercium*. Ahora bien, que esto sea así y la prohibición que el Gobierno combate no sea por sus efectos, ajena a la libre circulación de bienes por el territorio nacional, a la libertad de empresa y al derecho a la propiedad privada no significa, sin embargo, que, por eso mismo, haya de entenderse que, *ex constitutione*, es inaceptable [...] Así mismo, hemos precisado que las regulaciones autonómicas que -como la de la Administración de Castilla y León, al disponer la prohibición que se impugna en este proceso- prevengan la intervención de los poderes públicos en el ámbito económico, introduciendo un régimen diverso del de los existentes en el resto de la Nación es admisible con tal que, dentro del ámbito competencial respectivo, «resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ellas previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin (STC 88/1986, fundamento jurídico 6.º)». Y, en fin, desde sus primeras resoluciones (STC26/1981, fundamento jurídico 15), ha venido a decir el Tribunal que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor” (STC 66/1991).

<sup>253</sup> El medio ambiente es parte de la función social de la propiedad privada y la función social es un mandato dirigido al legislador. Por lo tanto, la Comunidad, en este caso, está cumpliendo con su mandato y este le permite delimitar el derecho de propiedad en ese sentido<sup>253</sup>, y por ello la limitación del derecho de propiedad no se considera por el Tribunal Constitucional susceptible de ser merecedora de indemnización (STC 66/1991, FJ 4).



realice una regulación general que afecte el derecho de propiedad debe tener en cuenta las exigencias del interés general, lo cual implica que este interés deberá tenerse en cuenta en todos los casos y a pesar de los intereses individuales<sup>254</sup> (STC 227/1988, FJ 11). Los intereses individuales deben protegerse pero, por otro lado, deberá observarse que tal expropiación además mida “desde el punto de vista del aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserve tras la operación expropiatoria, teniendo siempre en cuenta que tal utilidad individual o tales facultades no pueden ser absolutas e ilimitadas, en razón de las exigencias de la función social de la propiedad” (STC 37/1987, FJ 4).

El Tribunal Constitucional para distinguir entre regulación excesiva y regulación constitucional ha utilizado una mezcla de todas las teorías que se exponen aquí: por un lado ha exigido el criterio de la singularidad, el individuo debe verse afectado singularmente de manera especial; y además y por otro lado, el Tribunal Constitucional ha entendido que sólo estábamos ante una regulación excesiva cuando realmente se ha vulnerado el contenido esencial del derecho de propiedad, es decir, cuando con la regulación se ha vaciado de contenido del todo el uso de la propiedad. Por ello es tan importante definir qué se entiende por contenido esencial de la propiedad privada. Ya hemos expuesto lo que es, a nuestro entender, la definición del contenido esencial de la propiedad privada. Recordamos que el Tribunal Constitucional en la sentencia 227/1988, sobre la Ley de Aguas Estatal, confirma lo expuesto hasta el momento: “... por imperativo constitucional, la ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social” [...] “Por otra parte es obvio”, concluye el Tribunal Constitucional en esta sentencia, “que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial. Si se afecta el contenido esencial, no cabe hablar de una regulación esencial del derecho sino de una privación o supresión del mismo que, aunque se predique de manera general, se traduce en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas y por lo tanto contrarias a la Constitución, a menos que medie la correspondiente

---

<sup>254</sup> El Tribunal Constitucional establece, como ya hemos visto en otros capítulos: “Distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración ex novo modificativa de la situación normativa anterior” Estas medidas legales, “aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario” continua el Tribunal, “al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general” (STC 227/1988, FJ 11).

indemnización” (STC 227/1988, FJ 11).

La sentencia del Tribunal Constitucional utiliza asimismo el criterio establecido en las “teorías subjetivas”. La disposición establece que para que se aplique la garantía del artículo 33.3 de la Constitución es preciso que concurra el dato de la privación singular “característica de toda expropiación”, subraya. La sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo, aclara la sentencia, debe ser impuesto a uno o varios sujetos singularmente. En la sentencia sobre la Ley de Aguas canaria, STC 17/1990, el Tribunal Constitucional utiliza de nuevo los criterios del “acto singular” y asimismo recurre al del “sacrificio especial”.

En conclusión, reconocemos que esta descripción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es todo lo clara que nos gustaría, pero lo cierto es que el Tribunal Constitucional tampoco lo es. Tampoco creemos que el Tribunal quiera o deba ser mucho más cristalino. Esta explicación, así como la jurisprudencia expuesta reflejan la realidad: La jurisprudencia española define caso por caso cuales van a ser los criterios interpretativos para distinguir entre expropiación, indemnizable y delimitación de derecho, no indemnización. En cada tipo de propiedad la delimitación será distinta. Creemos sin embargo que sí puede hacerse una afirmación: se dará la expropiación si se establecen limitaciones tan graves a la propiedad que si no se indemniza podrían afectar el contenido esencial del derecho, llevando, si no se indemniza, a la inconstitucionalidad de la regulación.

En base a lo expuesto hasta el momento describimos a continuación unos cuantos criterios más de la jurisprudencia constitucional española. De ésta puede extraerse que una regulación del derecho de propiedad con el objetivo de proteger el medio ambiente a través de una Ley que expropie de manera singular no es contraria a la Constitución ni vulnera en concreto el artículo 33.3 CE. Además, entiende del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva no se ve conculcado porque las propietarias pueden pedir al Tribunal correspondiente que presente la cuestión de inconstitucionalidad. Recordamos que la facultad que tienen los tribunales para presentar o no cuestiones de inconstitucionalidad contra una Ley es potestativa. El particular, la propietaria en este caso, no puede obligar a un Tribunal a presentar una cuestión de inconstitucionalidad; por lo tanto, afirmar que así ya queda asegurada la tutela judicial efectiva nos parece un poco cuestionable. Dicho esto se procede a analizar un caso más sobre el derecho de propiedad y la creación de un Parque Natural --“Sa Punta de N’Amer”-- a través de una Ley singular.

(ii) *El medio ambiente como justificación para una regulación de la propiedad extensa.*

En las Islas Baleares, en 1985, se implementa a través de una Ley de espacios protegidos que afecta a miles de personas en cuanto sus derechos de propiedad y que por otro lado asegura una protección del medio ambiente requerida ya, y finalmente, por otra franja de la población. A raíz de la nueva regulación miles de personas ven su "derecho" a edificar menoscabado. En las islas proliferan por doquier parques naturales, protegidos por la ley, que impiden construir.

La sentencia del Tribunal Constitucional 248/2000, de 19 de octubre responde a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo respecto de las Leyes del Parlamento de las Islas Baleares 1/1984, de 14 de marzo, de Ordenación y Protección de las Áreas Naturales de Interés Especial<sup>255</sup>; y 8/1985, de 17 de julio, de declaración de "Sa Punta de N'Amer" como área natural de especial interés --cuestión de inconstitucionalidad núm. 3828/94, promovida por la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. En la sentencia, entre otras, se examina la siguiente cuestión: Si existe vulneración del art. 33.3 CE., porque la Ley 1/1984, de 14 de marzo<sup>256</sup>, no contiene una específica referencia a la obligación de indemnizar, de acuerdo con las normas de expropiación forzosa. A ello el Tribunal Constitucional responde que el silencio de la Ley no puede considerarse como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que este extremo estará sometido a la normativa general sobre responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten

---

<sup>255</sup> La Ley 1/1984 establece sustancialmente el régimen jurídico a que deben someterse los terrenos incluidos en las Áreas Naturales de Especial Interés que se declaren por la Comunidad Autónoma en razón a sus valores singulares. Dicho régimen jurídico se caracteriza por tres notas, según su art. 3: clasificación de los terrenos como suelo no urbanizable de especial protección; pérdida de efecto de los planes, proyectos de urbanización y de parcelación disconformes con la citada clasificación del suelo; y suspensión de licencias de edificación y uso del suelo que sean contradictorias con el régimen urbanístico transitorio que prevé el art. 6 de la misma Ley. Por su parte, la Ley 8/1985 no hace sino declarar Área Natural de Especial Interés al espacio territorial denominado "Sa Punta de N'amer", con los efectos que deben seguirse de tal declaración, de acuerdo con la Ley 1/1984.

<sup>256</sup> La Ley 1/1984, de 14 de marzo, de Ordenación y Protección de Áreas Naturales de Interés Especial tiene como finalidad el establecimiento de una legislación específica de ordenación y protección de determinados espacios, las llamadas Áreas Naturales de Interés Especial, mediante la aplicación de un régimen urbanístico respetuoso de sus valores naturales. Por su parte la Ley 8/1985 declara como Área Natural de Interés Especial una superficie territorial determinada. Como consecuencia de dicha declaración, según consta en los antecedentes, doña María y don Miguel Caldente y Alcina formalizaron recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta, mediante silencio, de la reclamación administrativa de indemnización solicitada a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en razón a los perjuicios ocasionados por el cambio de calificación de los terrenos afectados por aquella declaración (STC 248/2000, FJ 1).

perjudicados en sus bienes y derechos<sup>257</sup>. Y también se cuestiona si aparece vulneración del art. 24 CE, porque al regularse por Ley una materia que antes lo estaba por reglamento no se permite a los ciudadanos acudir a la jurisdicción ordinaria. El Tribunal Constitucional recuerda que en el ordenamiento español no hay reserva reglamentaria y que cabe la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad.

Los demandantes, afectados por el cambio de regulación que les impide edificar sin que se les indemnice, solicitaron del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que promoviera cuestión de inconstitucionalidad contra las expresadas Leyes, siendo desestimado lo solicitado mediante la correspondiente Sentencia. Interpuesto recurso de casación ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, ésta formalizó la cuestión de inconstitucionalidad respecto ambas Leyes del Parlamento de las Islas Baleares. Los vicios de inconstitucionalidad, según la Sala proponente de la cuestión, pudieran ser, como se desprende del Auto de planteamiento, de dos órdenes: competenciales<sup>258</sup> y sustantivos. El segundo orden de motivos que fundamentan la duda de inconstitucionalidad plantea la posible vulneración de determinados derechos constitucionales.

El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares aduce que las leyes impugnadas no son relevantes para la resolución del caso. El problema se plantea en términos análogos a los ya resueltos por nuestra STC 28/1997, en el FJ 3 y debe resolverse aplicando la doctrina allí sentada. De modo que la validez de la Ley 8/1985 que declara Área Natural de Especial Interés el espacio denominado "Sa Punta de N'amer", "no es indiferente al enjuiciamiento de la controversia planteada en el proceso contencioso-administrativo, ya que, con independencia de las razones aducidas por la Sala *a quo*, es innegable que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la referida Ley puede ser un elemento a considerar para determinar el alcance de la reclamación indemnizatoria pretendida en

---

<sup>257</sup> Precisamos que el Tribunal Constitucional remite a la responsabilidad patrimonial de la Administración y no a la figura expropiatoria.

<sup>258</sup> Respecto a la competenciales el Tribunal Constitucional declara: "Las Leyes 1/1984 y 3/1984 (esta última análoga a la Ley 8/1985, si bien aplicable en otro ámbito territorial) se incardinan, como exponía el Tribunal *a quo*, en las materias "medio ambiente" y "espacios naturales protegidos", pues sin desconocer su incidencia en dichas materias, realmente "establecen disposiciones normativas típicamente urbanísticas y directamente orientadas a la planificación territorial y a la delimitación de los usos del suelo, por lo que han de encuadrarse en el título competencial relativo a la 'ordenación del territorio y urbanismo'" (STC 248/2000, FJ 3).

el proceso contencioso-administrativo" (STC 28/1997, FJ 3) (STC 248/2000, FJ 2). Sin embargo el Tribunal Constitucional apunta que no puede, sin embargo, llegarse a la misma conclusión por lo que respecta a la Ley 1/1984, pues es la Ley 8/1985, y sólo ella, la que produce la afectación de los bienes y derechos de que aquí se trata (STC 248/2000, FJ 3).

En el fundamento jurídico cuarto el Tribunal Constitucional establece que la vulneración del art. 33.1 CE por parte de la Ley 1/1984, derivada del hecho de no regular o contener una específica referencia a la obligación de indemnizar, de acuerdo con las normas de la legislación de expropiación forzosa, las lesiones que la declaración de un espacio protegido puede producir en bienes, derechos e intereses patrimoniales legítimos, y que no hay vulneración del art. 33.3 CE a pesar de que en las Leyes impugnadas no se disponga expresamente una fórmula o un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones del ejercicio de la propiedad que se derivan de la misma.

Frente a tal afirmación, según dijo anteriormente "es claro ... que el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos. A lo que cabe agregar que el Parlamento de las Islas Baleares en la Ley 1/1991, de espacios naturales y régimen urbanístico de las Áreas de Especial Protección, expresamente establece en su Disposición adicional sexta que en los proyectos presupuestarios de la Comunidad Autónoma se preverán los recursos precisos para afrontar la responsabilidad económica que pueda suponer las calificaciones urbanísticas de los terrenos" (STC 28/1997, FJ 7)" (STC 248/2000, FJ 4). En suma, el Tribunal Constitucional, no acude a la figura de la expropiación, mucho más clara, o a la solución alemana de la compensación equiparadora establecida en la misma ley, sino que lo deja en manos de una tercera figura, la de la responsabilidad patrimonial de la administración, que no parece nada cristalina y además no garantiza un proceso que de todos modos va a suceder.

El Tribunal Constitucional aplica el mismo criterio a la Ley 8/1985: "pues de existir responsabilidad económica anudada a los perjuicios derivados del nuevo régimen urbanístico correspondiente al espacio territorial de "Sa Punta de N'Àmer", habría de estarse a la normativa general correspondiente" (STC 248/2000, FJ 4). En conclusión, a juicio del Tribunal Constitucional, las Leyes 1/1984 y 8/1985 no conculcan el art. 33.3 CE. Tampoco el artículo 24 CE: La Ley 8/1985

vulnera el art. 24.1 CE, en la medida en que el régimen específico de protección establecido en dicha Ley, en razón de su rango, no sería impugnabile en vía jurisdiccional por los particulares cuyos derechos legítimos resulten afectados. En efecto, en el Auto de planteamiento se razona que la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 8/1985 "puede infringir el art. 24.1 de la Constitución, ya que mediante ella se aprueba una disposición con rango de Ley, no impugnabile por los particulares cuyos derechos e intereses legítimos resulten afectados ante los Juzgados y Tribunales que ejercen la potestad jurisdiccional en la materia contencioso-administrativa, que declara un espacio determinado (Sa Punta de N'Amer) como Área Natural de Especial Interés (art. 1), atribuyendo a los terrenos un régimen urbanístico transitorio de suelo no urbanizable de especial protección (disposición transitoria), cuando éstas son materias que constituyen por su naturaleza el objeto propio de actos administrativos, singularizados en cuanto una específica porción de terreno, que carecen de la nota de generalidad sustancialmente propia de la Ley, y susceptibles, por tanto, de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, no pudiendo adoptar en perjuicio de los derechos de defensa de los ciudadanos frente a la Administración, la forma de leyes dictadas para caso particular" (STC 248/2000, FJ 5).

Según el Fiscal resulta de aplicación al caso la doctrina de la STC 166/1986, conforme la cual los perjudicados por la privación singular de sus bienes o derechos podrán "alegar ante Jueces y Tribunales la vulneración de su derecho a la igualdad, y en el procedimiento correspondiente solicitar del órgano judicial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de dicho derecho fundamental, lo que dará lugar, o bien a que se eleve la cuestión al Tribunal Constitucional, o bien a una resolución judicial denegatoria motivada, otorgándose así contenido al derecho a la tutela judicial efectiva frente a la ley cuestionada". Tal es, en su opinión, lo que ha ocurrido en este caso, pues los recurrentes han tenido la oportunidad de hacer efectiva la tutela judicial sin necesidad de acudir a la vía del recurso de amparo ante este Tribunal, según señalábamos en la misma resolución en su fundamento jurídico 14, por lo que concluye que no cabe apreciar vulneración del art. 24.1 CE por parte de la Ley 8/1985. La duda de inconstitucionalidad es pues también desestimada.

El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, no queda vulnerado por el solo hecho de que una materia sea regulada por norma de rango legal. En otras palabras, subraya el Tribunal "o la ley es inconstitucional por otros motivos y cierra, por serlo, ilegítimamente el paso a pretensiones que hubieran de acceder a los jueces y tribunales, y, en ese caso, puede vulnerar de forma derivada el derecho reconocido en el art. 24.1 CE (STC 181/2000, FJ 20); o la ley es conforme a la Constitución y, en tal supuesto, pertenece a su propia naturaleza de ley el no poder ser enjuiciada por

los jueces y tribunales ordinarios. A lo que cabe agregar que nuestro modelo de jurisdicción concentrada permite acudir a los Jueces y Tribunales ordinarios para defender cualquier clase de derechos e intereses legítimos y pone a disposición de éstos un instrumento, la cuestión de inconstitucionalidad, destinado a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites de la Constitución (STC 73/2000, FJ 17)” (STC 248/2000, FJ 5). Por lo tanto, el Tribunal Constitucional, confirmando la STC 28/1997, desestima la cuestión de inconstitucionalidad. En conclusión, lo que dispone el Tribunal Constitucional es que la Ley que crea el Parque Natural no se excede en la delimitación de la propiedad, en general, no es inconstitucional, y que por lo tanto, no debía aplicarse el procedimiento expropiatorio.

-Para los casos en que en Alemania se establece la indemnización equiparadora (que debe ser también fijada en la ley que regule esa propiedad) en España se acude a la figura de la responsabilidad de la Administración. Ésta, sin embargo, se aplicará respecto daños presentes y tasados y no en el caso de las meras expectativas<sup>259</sup>. Así, el Tribunal Constitucional reconoce que una Ley que declara una zona como área natural de especial interés – cuando el Plan anterior preveía la urbanización de la zona – causa daños patrimoniales directos a un constructor que tendrán que indemnizarse. Los daños deberán ser probados y pasados. No se indemniza por daños futuros – por lo que hubiese podido ganar con la urbanización planificada (sentencia de 9 de febrero de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 8))<sup>260</sup>.

<sup>259</sup> “Sin embargo, en modo alguno puede considerarse incorporado a su patrimonio el derecho al valor futuro desde el punto de vista de su explotación turística o urbanística del terreno, como pretende la sociedad recurrente” (sentencia de 9 de febrero de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª)(FJ 11)).

<sup>260</sup> BN SA reclama una indemnización por los daños patrimoniales que sufre debido a la creación de una área protegida, en Urbanización-Sa Cánova d’Artà, ya que en ella había proyectado una urbanización. BN SA presenta recurso de casación contra la sentencia del TSJ de las Islas Baleares, de 9 de diciembre de 1992, por la que se desestimó, por entender falta de legitimación a la recurrente, el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por el Presidente del Gobierno Balear de la petición encaminada a obtener indemnización por perjuicios conforme a la LEF, por daño patrimonial directo a consecuencia de los efectos de la Ley del Parlamento Balear 9/1988, de 21 de septiembre, por la que se declara Sa Cánova d’Artà como área natural de especial interés. La sentencia de 9 de febrero de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) resuelve el recurso.

El Tribunal Supremo reconoce que puede existir responsabilidad de la Administración aun tratándose de actos legislativos, si existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable y por ello decide que debe indemnizarse a la empresa. Sin embargo antes apunta que: “el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos una perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de

-La jurisprudencia ordinaria ha permitido que una regulación excesiva se convierta en expropiación, aunque así no lo prevea la ley, si ello se deduce de la actividad administrativa. Nosotros no compartimos este enfoque, consideramos que el Tribunal Supremo debía haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad y si la ley, la regulación, era realmente excesiva, el Tribunal Constitucional tiene que declararla inconstitucional. El Tribunal Supremo, sin embargo, manifiesta que la declaración a través de un Decreto Autonómico de un Parque Natural de acuerdo con al Ley Estatal 15/1975 de Espacios naturales Protegidos produce efectos expropiatorios que deberán indemnizarse si estos implican una privación singular de un bien o derecho inmediato y tasado – y no futuros.

En el Plan que crea el Parque Natural Albufera de Alcudi en Mallorca se dispone que no se podrá ni edificar, ni modificar el terreno, ni abrir viales, manteniendo en todo caso el estado natural del área. Para el Tribunal Supremo lo determinante es el hecho de la singularidad --utiliza el criterio de la singularidad-- y que los efectos del Plan se producen de inmediato y no en un futuro. La sentencia que resuelve el caso es la de 9 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) que a su vez responde a un recurso de casación contra la sentencia del TSJ de las islas Baleares, de 11 de junio de 1994.

El recurso contencioso administrativo fue presentado por la sociedad PM, SA por el que se solicitaba que se ordenara al Gobierno balear que iniciara y tramitara expediente de justiprecio por la privación singular a la misma de derechos e intereses legítimos de contenido patrimonial como consecuencia de la creación del Parque Natural de la Albufera de Alcudia, Mallorca. La empresa actora fue empresa promotora de la urbanización de los Polígonos del anterior Plan General de

---

las instituciones comunitarias". A juicio del Tribunal el interés que tienen los propietarios por mantener su derechos de construcción no pueden considerarse un derecho adquirido (sentencia de 9 de febrero de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª)(FJ 8)).

La Ley, reconoce la sentencia, hace imposible el desarrollo de la urbanización que se había proyectado en la zona declarada área natural de especial interés. Por ello los gastos de urbanización reclamados correspondientes a la zona clasificada como no urbanizable deben considerarse como perjuicio indemnizable, habida cuenta que se desarrollaron ante la confianza legítima suscitada por la aprobación del correspondiente plan parcial y proyecto de urbanización. Ahora bien esa indemnización sólo será respecto los gastos concretos y ya acaecidos, los de la poca construcción que ya se llevó a cabo --como pueden ser la instalación de la red eléctrica para el alumbrado--, pero no pro futuro, no le van a pagar lo que hubiese ganado con la venta de apartamentos ni mucho menos. Así para determinar perjuicios indemnizables el Tribunal Supremo establece que debe determinarse si los derechos o intereses perjudicados lo son realmente o constituyen meras expectativas de derecho, no susceptibles de consideración entonces.



Ordenación Urbana. Por Decreto 4/1988, el Gobierno Balear declara S'Albufera, Parque Natural de acuerdo con al Ley Estatal 15/1975 de Espacios naturales Protegidos. Gran parte de los terrenos del Parque y en concreto los de S'Albufera, quedan clasificados como no urbanizables de especial protección con la calificación de Área de Albufera y nivel de protección correspondiente a paraje preservado.

La empresa promotora mediante escrito solicitó incoación de expediente de justiprecio por privación singular de intereses patrimoniales derivados de la entrada en vigor del Decreto. Como el expediente no fue contestado ello dio origen al presente recurso. La sentencia del TSJ de las Islas Baleares fue desestimatoria para la empresa PM SA. Ésta recurre ante el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo en la sentencia determina: “importa empezar recordando que hay obligación de indemnizar cuando el daño o lesión se produce en el ejercicio de la potestad expropiación como cuando resulta como incidentalmente producido por una actividad administrativa que no persigue una finalidad ablatoria hay obligación de indemnizar. Lo que ocurre es que para que haya ejercicio de la potestad expropiatoria no es necesario que así se proclame expresamente. Basta que -de lo que resulta- pueda deducirse que la actividad de que se trata va dirigida frontalmente a producir una privación singular de un bien o derecho. Que es lo que ocurre aquí” (sentencia de 9 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 2)).

El Tribunal Supremo además exige que el daño sea inmediato<sup>261</sup>. El Tribunal Supremo señala que una parte de esos polígonos ya está dentro del Parque natural, “sin necesidad de actuaciones administrativas posteriores”, y sometida a una regulación establecida en beneficio de los intereses de la colectividad”, preservar el hábitat. “Cosa distinta es que la correspondiente privación singular que de ello resulta para los titulares del Derecho sobre esos terrenos no deba indemnizarse. Todo lo contrario, esa indemnización procede por imposición constitucional y el cauce adecuado es el establecido en la LEF” (sentencia de 9 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 3)). La sentencia impugnada es anulada y se obliga al Gobierno Balear a abrir y tramitar el correspondiente

---

<sup>261</sup> FJ 2: “Aquí no es que en el futuro, pueda llegar a ocurrir que, incidentalmente, se produzca una lesión derivada de actuaciones administrativas de ejecución del plan, sino que ha habido ya una privación singular de bienes o derechos que debe ser indemnizada so pena de tener que calificar el Decreto de confiscatorio” (sentencia de 9 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ2)).

procedimiento expropiatorio.

-Cuando se ven conculcados los derechos de construcción a raíz de la creación de un Plan Especial de Protección del Área Natural de Especial interés a través de una Ley el derecho a indemnización no es ilimitado en el tiempo, puede prescribir y en esos casos ésta no procederá.

En la sentencia de 25 de septiembre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) también se discute sobre el derecho de edificación que se ve conculcado ante la creación de un Plan Especial de Protección del Área Natural de Especial interés en Sa Canova d'Artà, Mallorca. Este derecho a un procedimiento expropiatorio no se otorga no porque los propietarios no lo merezcan, declara el Tribunal, sino porque ha prescrito<sup>262</sup>.

Los propietarios piden una indemnización a raíz de la clasificación que recoge la Ley mencionada ya que consideran que vulnera, entre otros, el artículo 33 CE. Debido a la descalificación del terreno éste ya no es urbanizable cuando los propietarios lo habían comprado con éste fin (construir). El terreno pasa a ser no urbanizable. La decisión del Tribunal Supremo no entra en el fondo del asunto, no dice si cabe o no indemnización, tan sólo especifica que los derechos de los propietarios han prescrito. Los propietarios hacen esta petición en base a que se les priva el derecho a edificar cuando anteriormente se ostentaba y porque además en el precio de la compra se incluía, como aparece en la escritura pública de compraventa, los gastos de infraestructura general hasta el límite de la parcela, con lo que, según éstos, cumplieron sus obligaciones urbanísticas, y por lo tanto tienen derecho a la indemnización prevista por el artículo 87.2 de la Ley del Suelo (sentencia de 25 de septiembre de 1999,

---

<sup>262</sup> En este caso el derecho a edificar que se ve conculcado a raíz de una desclasificación que se establece en una ley para la protección del entorno de la CA de las Islas Baleares. El Tribunal Constitucional declara que los propietarios no tienen derecho a indemnización porque han prescrito sus derechos. Los propietarios ya habían pagado, en el contrato de compraventa, todos los gastos de construcción. Al no verse indemnizados los propietarios recurren ante el Tribunal Supremo en casación que se resuelve en la sentencia de 14 de diciembre de 1992, del TSJ Islas Baleares (Sala contencioso-administrativo) presentado por dos propietarios D<sup>o</sup> Agustín GA y D<sup>a</sup> María Jesús FM. El Tribunal Supremo desestima la petición de los recurrentes, no porque crea que no tienen derecho a indemnización, si no por la excepción de prescripción que presenta el Ayuntamiento. El origen del litigio está en las Leyes del Parlamento de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en concreto la Ley de 13 de marzo de 1984 y la de septiembre de 1988. Los propietarios van en contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de reposición, deducido contra la desestimación, también presunta, de la reclamación formulada a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de indemnización por importe de 8.000.000 de pesetas, por la reclasificación de un terreno como no urbanizable, efectuada por la Ley Autonómica 9/1988, de 21 de septiembre 1990, en virtud de la cual se aprobó el Plan Especial de Protección del Área Natural de Especial interés de Sa Canova de Artà (Mallorca). En el litigio comparece en calidad de recurrida la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Pitiusas.

del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 5))<sup>263</sup>.

*(iii) La "reacomodación" y la "transformación" del derecho de propiedad como cuartadas para declarar una regulación constitucional, no excesiva, en las sentencias sobre "aguas".*

-A juicio del Tribunal Constitucional, es también una regulación constitucional, y no excesiva, del derecho de propiedad, una limitación permanente de la facultad de aprovechamiento de recursos hidráulicos ya apropiados por los particulares que establece que éstos no podrán aumentar el caudal de agua propio del mismo, salvo por concesión administrativa discrecional. La Ley cuando establece que toda modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento de las aguas requiere la oportuna concesión que ampare no ya sólo el incremento del caudal, sino la totalidad de la explotación está también regulando el derecho de propiedad y no estableciendo una expropiación.

Los recurrentes creen que el apartado tercero de las Disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley vulneran del artículo 33.3 de la Constitución, porque, de una parte, según alegan, se establece en ellos una limitación permanente de la facultad de aprovechamiento de recursos hidráulicos ya apropiados por los particulares, dado que éstos no podrán aumentar el caudal de agua propio del mismo, salvo por concesión administrativa discrecional; y, de otra, porque se expropián las facultades de libre disposición del propietario, ya que, según estos preceptos, toda modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento de las aguas requiere la oportuna concesión que ampare no ya sólo el incremento del caudal, sino la totalidad de la explotación (STC 227/1988, FJ 12).

El Tribunal Constitucional enuncia que la Ley 29/1985 no produce efecto expropiatorio alguno sobre los caudales de aguas continentales ya apropiados por particulares en el momento de su entrada en vigor, pues de lo contrario debería haber previsto la correspondiente indemnización al ser tales aguas

---

<sup>263</sup> En la decisión también se discute sobre cuando debió aplicarse el plazo de prescripción. Los propietarios creen que éste no les debía afectar. El Tribunal Supremo desestima la petición de los recurrentes, no porque crea que no tienen derecho a indemnización, si no por la excepción de prescripción que presenta el Ayuntamiento (sentencia de 25 de septiembre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 6)). Nada se dice de que no tengan derecho a indemnización, todo lo contrario, de acuerdo con el artículo 87.2 de la Ley del Suelo podría ser que ésta se diese si no hubiesen prescrito los plazos.

de la propiedad de los dueños de los predios donde se hallan los manantiales de los que brotan, en el caso de las superficiales, o de quienes las hayan alumbrado, en el caso de las subterráneas, todo ello dentro de los límites que imponía la legislación derogada. La exclusión de la expropiación la basa, el Tribunal y la Ley, en el hecho que la legislación anterior, a su entender, no disponía la propiedad de aquellos sobre las aguas aún no alumbradas, que habían de considerarse como *res nullius* (STC 227/1988, FJ 12). Por ello no existe obstáculo jurídico alguno para que la nueva Ley califique en general a estas últimas como bienes de dominio público. El nuevo régimen legal afecta sólo, por lo que ahora interesa, a los derechos que sobre las aguas superficiales y subterráneas reconoció a la legislación anterior en tanto que accesorios al derecho de propiedad privada sobre los terrenos en donde surgen o se extraen a la superficie, derechos que no eran de aprovechamiento, extracción o disposición ilimitada, sino estrictamente condicionados en su alcance por razones de interés general y en atención a los derechos preferentes de terceros (STC 227/1988, FJ 12).

Por otro lado, sí podríamos estar ante una expropiación si la Ley hubiera dispuesto imperativamente la privación de la facultad de los propietarios de aprovechar las aguas que nazcan en sus predios mientras discurren por ellos, con exclusión de las sobrantes, o si hubiera establecido de igual manera la supresión del derecho a alumbrar aguas subterráneas que fluyen o se hallan en el subsuelo de terrenos de propiedad privada, en la forma y volumen material determinantes del contenido de los derechos preexistentes, podría haberse discutido en qué medida aquella privación comportaba un despojo expropiatorio indemnizable o, por el contrario, como ha estimado el Tribunal Constitucional Federal alemán ante un supuesto semejante – afirma el Tribunal Constitucional español citando la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de julio de 1981-- introducía sólo una mera limitación general del contenido y alcance del derecho de propiedad sobre inmuebles o una transformación de situaciones jurídicas individuales por exigencias del bien común, que no confiere, subraya la decisión española, derecho a indemnización (STC 227/1988, FJ 12).

En nuestro caso, una discusión semejante es, manifiesta la sentencia, del todo superflua, puesto que las Disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 29/1985 permiten a los interesados mantener la titularidad de sus derechos «en la misma forma que hasta ahora» lo que a la luz del apartado 3 de ambas Disposiciones, significa que se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material con que hasta la fecha de su entrada en vigor se han venido disfrutando, aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la medida en que forman parte del patrimonio de su titular (STC 227/1988, FJ 12).

Aunque si se lee la legislación de aguas del año 1985 ésta limita derechos, o más bien los delimita tal y como expone el Tribunal Constitucional: “Cosa distinta es que, de acuerdo con el apartado 4 de dichas Disposiciones transitorias, tales derechos deban ejercerse en adelante con respeto a «las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico» , límites estos que los recurrentes no combaten y que, evidentemente, carecen de virtualidad expropiatoria, por tratarse de prescripciones generales que delimitan el contenido del derecho de propiedad privada (art. 33.2 de la Constitución), de acuerdo con la función social que los bienes sobre los que recae, en este caso los recursos hidráulicos, están llamados a cumplir (STC 37/1987, de 26 de marzo)” (STC 227/1988, FJ 12).

-El Tribunal Constitucional ofrece una respuesta similar respecto la Ley Canaria de aguas. A su juicio, es una delimitación del derecho de propiedad constitucional la regulación que establece que el transporte del agua, que antes efectuaban particulares, ahora será servicio público --a pesar de que legislativamente no se prevé indemnización alguna<sup>264</sup>. La sentencia del Tribunal Constitucional 17/1990, de 7 de febrero resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento de Canarias y éste es desestimado. El recurso de inconstitucionalidad --núm. 1.077/87--es promovido por 55 Diputados, representados por el Comisionado don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, contra determinados preceptos de esta Ley 10/1987<sup>265</sup>.

El Tribunal Constitucional manifiesta que tal regulación es constitucional (STC 17/1990, FJ 3). En opinión de Fernando Rey, con la que coincidimos, el Tribunal Constitucional sigue estos criterios sobre todo porque quiere intentar evitar el alto coste económico que supondría indemnizar a un grupo numeroso de personas --los que normalmente se ven afectados por esta delimitación legislativa del tipo

---

<sup>264</sup> Algunos de los aspectos poco trascendentes, que son una mera repetición, de lo que se dijo ya por el Tribunal Constitucional en el análisis de la Ley de Aguas Estatal no van a volver a estudiarse aquí. Para ello, como hace el Tribunal Constitucional nos remitimos a lo que ya se dijo en la sentencia TC 227/1988. En concreto respecto las Disposición Transitoria. 3ª, 4ª, 5ª y 6ª el Tribunal Constitucional reproduce las conclusiones a las que ya se llegó en la STC 227/1988 (FFJJ: 7, 8, 9, 10, 11 y 12).

<sup>265</sup> En Canarias, la Ley del Parlamento de Canarias 10/1987, de 5 de mayo, de Aguas declara el transporte del agua, que antes efectuaban particulares, como servicio público sin prever legislativamente indemnización alguna -- artículos 1.1º y 2.1º .

concreto de propiedad (2000: 14). El Tribunal Constitucional también niega que podamos estar ante una demanialización. La Ley, a su juicio, tan sólo establece la regulación del uso del agua (STC 17/1990, FJ 3).

- Asimismo se entiende que la declaración del transporte del agua como servicio público es una delimitación del derecho de propiedad constitucional que tampoco vulnera el principio de igualdad. En determinados casos la eliminación de la libre iniciativa económico -privada no supone necesariamente la privación de los elementos patrimoniales que posibilitan el ejercicio de la actividad y por lo tanto no es necesario que ésta incluya una indemnización. En otros sí cabrá pero eso se regulará por la legislación general expropiatoria siempre que se den circunstancias especiales – que el propietario no acceda a la concesión y que sus viales sean apoderados por la Administración para el transporte del agua.

En la legislación se declara el transporte del agua como servicio público lo que supone “una publicación de una actividad hasta ese momento en el ámbito de la plena disponibilidad de la iniciativa privada”. Respecto a ello el Tribunal Constitucional declara: “Ninguna dificultad de orden constitucional cabe apreciar, sin embargo, en esa publicación, puesto que se trata de actividades que recaen necesariamente sobre un bien de dominio público”, el agua (STC 17/1990, FJ 16).

El Tribunal Constitucional manifiesta que no se vulnera el principio de igualdad “no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2)” (STC 17/1990, FJ 16). La sentencia destaca que las singulares circunstancias de la Comunidad Autónoma canaria en materia de aguas justifican la publicación de una actividad servicial como la del transporte del agua que necesariamente conlleva determinadas restricciones en los derechos de los particulares hasta ahora dedicados a tal actividad.

-La decisión asimismo apunta que el artículo 38 CE tampoco se ve vulnerado por la medida (STC 17/1990, FJ 16). En este caso el Tribunal Constitucional decide que “la declaración de servicio público”, no incide directamente en la propiedad de los bienes --conducciones e instalaciones--, sino en el ejercicio y desarrollo de la actividad servicial prestada hasta entonces por los particulares. Además reconoce que la declaración de servicio público y asunción de la titularidad del mismo por la Administración elimina la libre iniciativa económico -privada, pero tal eliminación, en rigurosos términos, subraya el Tribunal, no supone necesariamente la privación de los elementos patrimoniales

que posibilitan el ejercicio de la actividad. Por ello, declara, “no hay vulneración del artículo 33.3 CE por el simple hecho de no preverse indemnización alguna como consecuencia de la publicación de la actividad” (STC 17/1990, FJ 16).

En este caso el Tribunal Constitucional sí que opina que la no existencia de indemnización puede ser problemática, pero inmediatamente corrige: “Por el contrario, en la medida en que los bienes queden afectados al servicio público -en este caso, como resultado de la integración de las conducciones e instalaciones en las correspondientes redes-, es evidente que se produce la pérdida de la libre disponibilidad de los mismos por sus propietarios, lo que, de no preverse las correspondientes compensaciones, determinaría la inconstitucionalidad de tal afectación” (STC 17/1990, FJ 16).

La Ley canaria de Aguas no está excluyendo la indemnización. Se entiende que deberá acudir a la legislación general sobre expropiación forzosa: “No es imputable sin embargo, ese vicio a la Ley canaria de Aguas, una vez que, como ya hemos dicho, esa afectación da derecho a la obtención de la correspondiente concesión para la prestación del servicio, o en caso de no ejercitarse el derecho, procede la expropiación de los bienes mediante la oportuna indemnización, sin que la Ley de Aguas de Canarias excluya la indemnización que proceda, de acuerdo con la legislación general de expropiación forzosa, en aquellos casos en que la integración de las conducciones en la red resultara imposible” (STC 17/1990, FJ 16).

-Asimismo, el Alto Tribunal dispone que la demanialización de las aguas subterráneas que se ha producido en virtud de la Ley estatal de Aguas de 1985 y tal incorporación al dominio público es compatible con el respeto de los derechos de naturaleza privada preexistentes en los términos que la propia ley canaria establece. Se trata de una mera, en palabras del Tribunal Constitucional, “reacomodación” de los derechos de propiedad.

Para el Tribunal Constitucional tampoco se produce la infracción de los artículos 132.2 y 9.3, en relación con el artículo 33.3 CE. No se da una infracción del artículo 33.3 CE por varias razones: La primera, porque la demanialización de las aguas subterráneas se ha producido en virtud de la Ley estatal de Aguas de 1985 y tal incorporación al dominio público es compatible con el respeto de los derechos de naturaleza privada preexistentes en los términos que la propia ley establece (STC 17/1990, FJ 14). El Tribunal Constitucional mantiene que no hay, por tanto, contradicción entre esa demanialización y el mantenimiento de los derechos preexistentes, sino una “reacomodación” de esos derechos al nuevo régimen jurídico establecido (STC 17/1990, FJ 14).

Reacomodación, que está justificada por el hecho de que a sus titulares se les da la opción de inscribir el aprovechamiento en el correspondiente Registro administrativo, transformándose el título originario en una concesión administrativa; o para no inscribir, manteniendo en este caso el derecho en los mismos términos que regí an antes de la aprobación de la Ley<sup>266</sup> (STC 17/1990, FJ 3).

El sistema dispuesto en la Ley canaria es, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, sustancialmente idéntico al previsto en las Disposición Transitoria Segunda y Tercera de la Ley estatal de aguas, cuya constitucionalidad ya fue enjuiciada por el Tribunal Constitucional en la STC 227/1988 (FJ 7 y 8). En esta sentencia el Tribunal reitera la doctrina mantenida en 1988. En segundo lugar el Tribunal Constitucional establece, como lo hizo en 1988, que la opción prevista no afecta ni los principios de seguridad jurídica y ni los de interdicción de la arbitrariedad; todo lo contrario, para el Tribunal la Ley canaria, al igual que en el caso de la Ley estatal, realiza “un claro esfuerzo por compatibilizar las consecuencias diamantes de la demanialización de las aguas con el reconocimiento y respeto hacia la voluntaria conservación de los derechos privados preexistentes” (STC 17/1990, FJ 14).

Y en tercer y último término reconoce que “es cierto que el mantenimiento de esos derechos lo es con ciertas limitaciones” (STC 17/1990, FJ 14) --entre las que los recurrentes se refieren de manera especial a la prohibición de realizar obras o alterar el régimen del aprovechamiento o su caudal sin que previamente se obtenga una concesión ordinaria que ampare la totalidad de la explotación-- pero bien, esas limitaciones son consideradas por el Tribunal Constitucional meras limitaciones<sup>267</sup> (STC 17/1990,

---

<sup>266</sup> También aquí, la falta de indemnización hacia las propietarias de aprovechamientos de aguas privadas, cualquiera que sea la alternativa u opción por la que se decidan, no implica, a juicio del Alto Tribunal, vulneración de los artículos 33.3 y 106.2 CE: “ya que, de una parte, la transformación del derecho originario en una concesión administrativa como consecuencia de la inscripción del aprovechamiento en el correspondiente Registro queda, en todo caso, en el ámbito de la plena disponibilidad del titular de aquél, pudiendo optar, no obstante, por mantener su derecho” (STC 17/1990, FJ 14).

Ahora bien, denota el Tribunal Constitucional, el mantenimiento de su derecho sin entrar en el sistema ofrecido por la regulación presenta algunos inconveniente: la Administración en ese caso no protegerá esos derechos. “Alternativa ésta [la de no registrar el derecho para que se convierta en concesión administrativa y así poder realizar los trabajos deseados por el propietario] que junto a la limitación ya analizada que dispone la Disposición. Transitoria, 4.3.2, conlleva también el no acceso a la protección administrativa dimanante de la inscripción en el Registro de Aguas, lo cual resulta, por lo demás, enteramente razonable, al no haber hecho alguno que, justifique, ni mucho menos exija, que la Administración deba suministrar una protección específica a derechos que no han sido acreditados ante ella misma y que, en última instancia afecten a bienes ajenos a sus titularidad (STC 227/1988, FJ 8)” (STC 17/1990, FJ 14). Pues bien, que la Administración no tenga la obligación de proteger los derechos en general y el de propiedad en concreto es, a nuestro parecer, cuestionable.

<sup>267</sup> La prohibición de actuar sin concesión se considera “congelación” y el límite al disfrute de los derechos que antes se poseían sin ningún límite ahora son denominados “expectativas”: “La cuestión estriba por ello en la compatibilidad



FJ 14).

-También se considera una regulación constitucional, no excesiva, una norma que reconoce y mantiene la situación de titulares de autorizaciones administrativas de obras de alumbramientos cuyos trabajos aún se encontrasen pendientes de realización a la entrada en vigor de la Ley es constitucional, conforme al artículo 33 de la Constitución. Es decir, es constitucional la norma que no permite a los propietarios de las aguas por alumbrar apoderarse de ellas<sup>268</sup>. Una regulación que para algunos podría ser excesiva el Tribunal Constitucional la califica de mera transformación. A su entender los mecanismos jurídicos que permiten la acomodación e integración de las conducciones e instalaciones de propiedad privada para el transporte de agua en el servicio público regional del transporte de agua es una regulación constitucional del derecho de propiedad que el Tribunal Constitucional define como “transformación” del derecho.

En el fundamento jurídico decimosexto se cuestiona la constitucionalidad de los preceptos de la Ley que fijan mecanismos jurídicos que permiten la acomodación e integración de las conducciones e instalaciones de propiedad privada para el transporte de agua en el servicio público regional del transporte de agua que así se declara en el artículo 4.3 y que se regula en los artículos 42 y siguientes (STC 17/1990, FJ 16).

constitucional de la prohibición establecida si no media la correspondiente concesión administrativa que ampare la totalidad de la explotación”. Ello ya fue respondido en la STC 227/1988, apunta el Tribunal y vuelve a reproducir su decisión anterior: “esta congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad no implica en modo alguno una expropiación parcial de los mismos, pues con ello sólo quedan eliminadas las simples expectativas de caudales superiores que eventualmente podían obtenerse”. (SSTC 227/1988 (FJ 12) y 17/1990 (FJ 14)). También aquí se consideran expectativas porque lo que se podía conseguir con las obras de mejora eran caudales superiores: “De manera que “desde el momento en que todas las aguas superficiales y subterráneas renovables se transforman ex lege en aguas de dominio público, es lícito que, aun partiendo del estricto respeto a los derechos existentes, los incrementos sobre los caudales apropiados sólo puedan obtenerse mediante concesión administrativa” (STC 227/1988, FJ 12)” (STC 17/1990, FJ 14).

<sup>268</sup> La Disposición Transitoria Quinta de la Ley canaria de Aguas también es recurrida porque se considera contraria al Artículo 9.3 en relación al 33.3 CE. La norma reconoce y mantiene la situación de titulares de autorizaciones administrativas de obras de alumbramientos cuyos trabajos aún se encontrasen pendientes de realización a la entrada en vigor de la Ley y por ello el Tribunal Constitucional dispone que la previsión no supone privación alguna de derechos patrimoniales de titularidad privada. El Tribunal Constitucional entiende que las obras de alumbramiento definitivo de aguas no significa ninguna restricción ni provación de los derechos de la propietaria (STC 17/1990, FJ 15).

Cuestión distinta, puntualiza el Tribunal Constitucional, es que, “en tales casos una vez derogada ya la legislación anterior, que no disponía la propiedad sobre las aguas no alumbradas, el agua que se alumbrase se rija por lo previsto en el Cap. V de la propia Ley para los concesionarios, lo cual es plenamente coherente con la nueva edificación como bienes de dominio público de las aguas subterráneas adoptada por la Ley estatal de Aguas” (STC 17/1990, FJ 15).

El Tribunal no acepta las alegaciones de los recurrentes que expresan “que queda al arbitrio de la Administración el indemnizar la privación de las facultades de aprovechamiento y disfrute inherentes a la propiedad” ya que entiende que estos sustentan su recurso en una inadecuada interpretación de los artículos 44 y 45 de la Ley canaria de Aguas (STC 17/1990, FJ 16).

El artículo 44.1 dispone que las redes de transporte deben trazarse “aprovechando en lo posible las conducciones e instalaciones ya existentes”, y el 45.1 añade que la inclusión de esas conducciones e instalaciones en tales redes da derecho a sus propietarias a obtener la correspondiente concesión. Además el Tribunal Constitucional subraya que la norma que dispone lo siguiente es constitucional: A los propietarios se les da la opción o de acceder a un sistema de concesión para seguir explotando las acequias, pero esta vez a través de una concesión, o en el caso de negarse a ello, de reclamar un procedimiento expropiatorio para obtener la correspondiente indemnización (STC 17/1990, FJ 16).

Los argumentos del Tribunal Constitucional son: “se produce, pues, en este primer supuesto, una *transformación* del derecho como consecuencia misma de los efectos anudados a la declaración de servicio público de agua; pero esa transformación, en sí misma, no puede estimarse contraria al artículo 33.3 CE, máxime cuando ante la negativa del o de los propietarios a ejercitar su derecho de concesión, ya sea por el incumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a la misma, o simplemente, por no solicitarla, el artículo 45.1º in fine, establece que ello será causa justificada de interés social para la expropiación, lo que evidentemente, dará lugar a la correspondiente indemnización de acuerdo con el artículo 33.3 CE” (STC 17/1990, FJ 16).

-Ante situaciones graves pueden tomarse medidas también serias a costa de los propietarios. La Ley canaria de aguas cuando declara como servicio público regional “la producción industrial de agua mediante técnicas de potabilización, desalinización, depuración u otras semejantes” está delimitando también el derecho de propiedad privada y ello viene suficientemente justificado por “la paulatina o endémica escasez del agua en las islas”. El Tribunal Constitucional tampoco estima la impugnación de los artículos 4.2, 51 y 54 de la Ley. En estos artículos se declara igualmente como servicio público regional “la producción industrial de agua mediante técnicas de potabilización, desalinización, depuración u otras semejantes” (STC 17/1990, FJ 17). Respecto a éstos el Tribunal Constitucional

insiste en que el art. 139.1 CE<sup>269</sup> “no determina una monolítica uniformidad del ordenamiento que reclame la plena identidad de derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional”; y en que “la declaración de una determinada actividad como servicio público” no tiene porque ser contraria a los derechos reconocidos en el artículo 38 CE. En este caso “la publicación de la actividad queda referida a la producción industrial del agua mediante determinadas técnicas” (art. 4.2 de la Ley), y ello viene suficientemente justificado, expresa el Tribunal Constitucional, en el propio Preámbulo de la Ley y por lo que éste expone: “la paulatina o endémica escasez del agua en las islas” (STC 17/1990, FJ 17).

Es decir, entendemos, ni que en la decisión tan sólo se nombre a la libertad de empresa ex artículo 38 CE, que el Tribunal Constitucional acepta que ante situaciones graves puedan tomarse medidas todavía más graves a costa de los propietarios.

-Y por ello, tampoco se considera inconstitucional la obligación de poner a disposición de la Administración el agua residual depurada que no sea reutilizada en las propias necesidades no supone una lesión del derecho de propiedad ni que no prevea una indemnización. El Tribunal Constitucional estima que no “ya que el carácter de servicio público de la actividad de producción y depuración determina la no privatización de esas aguas sobrantes, lo que excluye la necesidad de indemnización por su puesta a disposición de la Administración competente y titular de las mismas” (STC 17/1990, FJ 17). Como es sabido se desestimó el recurso (STC 17/1990).

-El medio ambiente es un argumento de peso en la delimitación de la propiedad sobre aguas que responde al criterio de la razonabilidad y de la no arbitrariedad. Así, y provisionalmente, se entiende conforme a la Constitución, y una regulación del derecho de propiedad, la Ley autonómica (Ley 2/1992, de 7 de mayo, de Pesca Fluvial, de Castilla-La Mancha) que prevé que en el caso que los concesionarios quieran modificar el caudal de agua deban obtener una autorización administrativa. La Ley no se suspenderá por el Tribunal Constitucional, mientras no se resuelve el recurso de

---

<sup>269</sup> También se impugnó la Disposición. Transitoria. 3ª por infracción del artículo 139 CE. Esta Disposición establece una duración inicial inferior a la de la Ley de Aguas Estatal pero en cuanto a las prórrogas de la concesión ofrece una ventaja respecto a la estatal: ésta pide ser ilimitada. Entonces decir que una regulación es más favorable que la otra no parece correcto, lo que son en todo caso es distintas. En conclusión, para el Tribunal Constitucional, el plazo de la duración de las concesiones en general no se considera reducido y por ello no puede afirmarse que implique la inconstitucionalidad del artículo 33.3 CE (STC 17/1990, FJ 18).

inconstitucionalidad, tal y como pretende el Abogado del Estado ya que ello podría perjudicar gravemente el sistema ecológico.

En este caso la delimitación de la propiedad se realiza por razones ecológicas. Los concesionarios deben permitir que circule un caudal mínimo de agua por razones medioambientales, o si no tienen la obligación de solicitar la autorización administrativa cuando el incremento de los aprovechamientos pueda destruir la fauna y vegetación acuáticas. Al respecto el Tribunal Constitucional apunta que la norma es correcta y “razonable”, y responde al interés general. La Ley no es arbitraria en ningún caso debido a que es preciso que prevalezca provisionalmente la aplicación de la norma que asegure una mayor protección de la riqueza biológica, «atendiendo al grave peligro que supone la amenaza contra las especies» [...] “Y, en todo caso, los hipotéticos perjuicios económicos que a aquellos pudiera causarse serán siempre evaluables y de menor entidad que el daño irreversible que, sin duda, produciría la extinción de las especies” (AUTO 101/1993, FJ 2) .

El Tribunal Constitucional realiza estas declaraciones a raíz de que el Presidente del Gobierno interpone un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/1992, de 7 de mayo, de Pesca Fluvial, de Castilla-La Mancha, por estimar que algunos de sus preceptos alteran las reglas de deslinde competencial que se deducen del art. 149.1.22 de la Constitución, en relación con el art. 148.1.10 y con el art. 31.1 g) del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. El Presidente del Gobierno invocó el art. 161.2 de la Constitución a efectos de la suspensión automática de los preceptos recurridos. El Tribunal Constitucional rechaza tal petición en el AUTO 101/1993, 23 de marzo.

En la decisión se enuncian los siguientes argumentos por parte del Tribunal Constitucional: El primero es que la Ley autonómica manifiesta su preocupación por salvaguardar las especies que componen la fauna acuática de la región mediante medidas que permitan su evolución natural, tal y como evidencia la conexión de sus contenidos con las normas recogidas en el Capítulo Segundo del Título 11, relativo a la clasificación de las especies. Ésta responde a esta finalidad, la necesidad de que la Ley autonómica prevé que en el caso que cuando los concesionarios quieran modificar el caudal de agua deben obtener una autorización administrativa ya que ello podría perjudicar el sistema ecológico y que la limitación a la propiedad se realiza pues, por razones ecológicas y el hecho de que los concesionarios deben permitir que circule un caudal mínimo de agua por razones ecológicas, o la obligación de solicitar autorización administrativa cuando el incremento de los aprovechamientos pueda destruir la fauna y vegetación acuáticas, etc.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional manifiesta que la norma es correcta y “razonable”, y responde al interés general. La Ley no puede por tanto considerarse arbitraria. Dada la clara incidencia de estas medidas en los aspectos ecológicos indicados, el Tribunal opina que la vigencia de las normas asegurará, prima facie, una mayor protección de la riqueza biológica del país, cuestión que posee una innegable dimensión propia del interés general. Éste tampoco percibe, ni cree que el Abogado del Estado que insta la ratificación de la suspensión demuestra lo contrario “que de esas medidas se deduzcan limitaciones irrazonables, conforme a criterios socialmente aceptados, o desproporcionadas, dado: el carácter de umbral mínimo de estas medidas, o daños irreparables a los intereses privados de los titulares y concesionarios de aprovechamientos hidráulicos” (AUTO 101/1993, FJ 2).

Es decir, lo que ha establecido el legislador son normas “mínimas” para la asegurar la protección del medio ambiente y lo ha hecho de manera no arbitraria, por lo tanto debió ser el abogado del Estado el que tenía que demostrar que la Ley era tan grave como para reclamar su suspensión<sup>270</sup>.

En conclusión en este caso, extremo, priman los intereses ambientales, ante los económicos: “Así nos pronunciamos ya en el ATC 29/1990, fundamento jurídico 3.º, al analizar un caso similar, sosteniendo, que es preciso que prevalezca provisionalmente la aplicación de la norma que asegure una mayor protección de la riqueza biológica, «atendiendo al grave peligro que supone la amenaza contra las especies» ” [...] “Y, en todo caso, los hipotéticos perjuicios económicos que a aquellos pudiera causarse serán siempre evaluables y de menor entidad que el daño irreversible que, sin duda, produciría la extinción de las especies” (AUTO 101/1993, FJ 2).

El Tribunal Constitucional, por otro lado, en el Auto recuerda lo que ya se dijo en la sentencia

---

<sup>270</sup> Además la decisión de la Ley autonómica viene apoyada por lo que estableció la Ley de Aguas en el artículo 58.1 en cuanto al medio ambiente: “No en balde la propia Ley de Aguas en su art. 58.1 obliga a que se tengan en cuenta en las concesiones «las exigencias para la protección del recurso y su entorno» ”. Un entorno que en muchas ocasiones, en casi todas, el Tribunal Constitucional ha considerado como parte del contenido esencial de la propiedad privada de las aguas (AUTO 101/1993, FJ 2). Así mismo, de acuerdo con el Tribunal, los perjuicios económicos no quedaron tampoco probados ni fundamentados: “Y, en todo caso, los hipotéticos perjuicios económicos que a aquellos pudiera causarse serán siempre evaluables y de menor entidad que el daño irreversible que, sin duda, produciría la extinción de las especies” (AUTO 101/1993, FJ 2).

sobre la Ley de Aguas --STC 227/1988<sup>271</sup>--para reafirmar que esta Ley autonómica, a pesar de que puede causar algunos inconvenientes a los particulares en sus derechos individuales y patrimoniales de aprovechamiento sobre bienes de dominio público, ello no significa que tales delimitaciones no puedan ser impuestas, todo lo contrario. Los intereses particulares deberán adecuarse a los generales. El Tribunal Constitucional explica que deberá hacerse una ponderación entre ambos intereses. Nosotros creemos, sin embargo, y a lo expuesto en estos capítulos nos remitimos, que tal coherencia normalmente se decanta - cuando los tribunales y el legislador entran en ella--por los intereses generales. Este Auto no es una excepción: "Estas razones deben llevar a conceder prevalencia al interés general en el mantenimiento del recurso natural pesquero y, en consecuencia, a levantar la suspensión de los reseñados artículos. 20, 22, 34.8 y Disposición transitoria segunda de la Ley" (AUTO 101/1993, FJ 2). Finalmente el Tribunal Constitucional estima que la delimitación que se impone a los derechos dominicales de estos propietarios es conforme al artículo 33 de la Constitución.

*(iv) Los criterios establecidos a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio sobre la Ley 22/1988, de Costas, de 28 de julio de 1988<sup>272</sup>.*

Como es sabido la sentencia 149/1991, de 4 de julio responde a varios recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 22/1988, de 28 de julio de 1988, de Costas. Esta sentencia trata, en primer término y de manera extensa, básicamente cuestiones competenciales<sup>273</sup>. En segundo término

---

<sup>271</sup> El Tribunal precisa que en este caso debe aplicarse también lo que mantuvo en la sentencia STC 227/1988: "que no cabe derivar de la Constitución la tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual (FJ 7); que lo mismo puede decirse de los derechos individuales de aprovechamiento sobre bienes de dominio público, ya que su regulación general debe tomar en consideración, junto al interés individual de los titulares, el interés general inherente al carácter público del bien sobre el que recaen (FJ 11); y que los recursos hídricos constituyen un soporte físico de una pluralidad de actividades públicas y privadas en relación con los cuales poseen competencias tanto el Estado como las Comunidades Autónomas (FJ 13) (STC 227/1988)" (AUTO 101/1993, FJ 2).

<sup>272</sup> Al respecto tengan en cuenta todos los comentarios que se realizan en los distintos apartados del presente trabajo así como el excelente comentario de E. García de Enterría, "Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas", *RAP* 141 (1996).

<sup>273</sup> El motivo común y fundamental que todos los recurrentes aducen para sostener la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley impugnada es que mediante el establecimiento de estas normas el Estado invade la competencia exclusiva de las

realiza un análisis sobre el derecho de propiedad excepcional cuando estudia las disposiciones transitorias de la Ley. En concreto la Ley examina una nueva regulación de los terrenos colindantes con el dominio público de costas que impide realizar determinadas actividades que la anterior regulación permitía. En la sentencia se cuestiona si las limitaciones que se imponen a través de una Ley, la Ley de Costas, a las personas poseedoras de propiedades colindantes con otras de dominio público es constitucional.

-Una reducción del valor de la compensación está justificada por la mayor debilidad del título. Respecto a la existencia sobre la zona marítimo-terrestre o playas de titularidades dominicales amparadas por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, aunque no declaradas por Sentencia judicial firme, se afirma que la regulación que establece que los terrenos en cuestión «quedarán sujetos al régimen establecido en la presente Ley para la utilización del dominio público, si bien los titulares inscritos podrán solicitar en el plazo de un año (...) la legalización de usos existentes, mediante la correspondiente concesión, en los términos de la Disposición transitoria cuarta» , reconociéndoseles, asimismo, un derecho de preferencia, «durante un período de diez años, para la obtención de los derechos de ocupación o aprovechamiento que, en su caso, puedan otorgarse sobre dichos terrenos» es constitucional. Por lo que el Tribunal Constitucional declara que la reducción del valor de la compensación está justificada por la mayor debilidad del título.

El apartado segundo de la Disposición transitoria primera se ocupa del problema que plantea la existencia sobre la zona marítimo-terrestre o playas de titularidades dominicales amparadas por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, aunque no declaradas por Sentencia judicial firme. La solución que ofrece la Ley de Costas es que los terrenos en cuestión «quedarán sujetos al régimen establecido en la presente Ley para la utilización del dominio público, si bien los titulares inscritos podrán solicitar en el plazo de un año (...) la legalización de usos existentes, mediante la correspondiente concesión, en los términos de la Disposición transitoria cuarta» , reconociéndoseles, asimismo, un derecho de preferencia, «durante un período de diez años, para la obtención de los derechos de ocupación o aprovechamiento que, en su caso, puedan otorgarse sobre dichos terrenos» .

La reducción que en este caso tiene el valor de la compensación impuesta por la Ley, en relación con los dos supuestos antes estudiados, tiene su justificación, en principio, en la mayor debilidad del título (STC 149/1991, FJ 8 B c)). El Tribunal Constitucional estima pues que tal regulación es constitucional, reconoce que existe una expropiación y que el quantum de la indemnización de ésta es también conforme a la Constitución a pesar de que sea inferior ya que el derecho de propiedad que se ostentaba era menor. La diferencia el Tribunal Constitucional la marca en el siguiente sentido: “Una cosa es, claro está, una Sentencia judicial, y otra bien distinta una inscripción registral” (STC 149/1991, FJ 8 B c)). La diferencia, entendemos nosotros, no se basa pues en el título en sí si no en las garantías de ese título<sup>274</sup>. El Tribunal Constitucional arregla tal criterio reconociendo que los titulares de tales derechos pueden acudir a la jurisdicción civil para enmendar cualquier daño adicional que consideren afectado: “Las dudas que esta consideración jurídica pudiera hacer nacer en cuanto a la constitucionalidad de este apartado, dada la menor compensación que en este caso se ofrece a los titulares de las inscripciones registrales, quedan despejadas, no obstante por el inciso final del propio apartado, en el que expresamente se salva el derecho de estos titulares para acudir a las acciones civiles en defensa de sus derechos” <sup>275</sup>(STC 149/1991, FJ 8 B c)).

-La conversión en dominio público si implica el menoscabo de intereses patrimoniales debe dar lugar a una indemnización. En este caso se trata del deslinde ex novo de las costas. El Tribunal Constitucional considera que la misma ley está incluyendo una compensación para tales casos. Exactamente la decisión se refiere a los derechos patrimoniales afectados por la norma que dispone que en los tramos de costa en que el dominio público marítimo-terrestre no esté deslindado o lo esté

---

<sup>274</sup> El Tribunal Constitucional exactamente establece “Pues aun prescindiendo del hecho, bien sabido, de que entre nosotros la inscripción registral da fe de la validez del título pero no de la realidad física del bien a que éste se refiere, es claro que frente a la notoriedad del carácter público de la zona marítimo-terrestre, la existencia de títulos inscritos en el Registro en los que se señale como linderos de la finca «el mar» o, a veces, incluso, un país extranjero «mar por medio» no puede fundar la afirmación de una efectiva titularidad dominical. Pese a ello, tampoco cabe pasar por alto el hecho de que, en ocasiones, la inexistencia de una Sentencia judicial puede deberse al hecho de que la Administración no hizo uso, tras el deslinde de las acciones judiciales dirigidas a invalidar el título que se le oponía y que, en consecuencia, el titular registral se ve colocado en una situación más desfavorable justamente como consecuencia de la anterior inactividad de la propia Administración” (STC 149/1991, FJ 8 B c)).

<sup>275</sup> El Tribunal Constitucional precisa que “es evidente, en efecto, que de acuerdo con esa salvedad, los titulares registrales, como aquellos titulares de derechos en zonas hasta ahora no deslindadas, cuando el deslinde se efectúe, podrán ejercitar las acciones dirigidas a obtener la declaración de su propiedad y que si la sentencia, así lo hiciese, les sería de aplicación lo dispuesto en el apartado primero de esta misma Disposición transitoria” (STC 149/1991, FJ 8 B c)).



parcialmente a la entrada de la Ley, se procederá a la práctica del correspondiente deslinde cuya aprobación surtirá los efectos previstos en el art. 13 para todos los terrenos que resulten incluidos en el dominio público, aunque hayan sido ocupados por obras. Es decir, la operación de deslinde puede dar lugar en estos casos a una privación de derechos que se considera también constitucional ni que en la Ley directamente no se prevean las indemnizaciones correspondientes – aunque si indirectamente, opina el Tribunal (STC 149/1991, FJ 8 B) d)<sup>276</sup>.

Si el precepto no contemplase compensación alguna el Tribunal Constitucional reconoce que debería aceptar los argumentos de los recurrentes (STC 149/1991, FJ 8 B) d)). La cuestión está pues en determinar si tal compensación aparece o no. El Tribunal Constitucional entiende que la compensación se da y que se encuentra incluida en la Ley, aunque no directamente, se deduce de ésta, de su “interpretación sistemática”. En virtud de tal interpretación es evidente “que también en estos casos deberá ser indemnizada la privación de derechos en términos análogos a los previstos en los dos apartados anteriores” (STC 149/1991, FJ 8 B) d)).

En base a lo expuesto el Tribunal Constitucional manifiesta que todo está solucionado: En lo que toca a los derechos que recaen sobre terrenos que eran, antes de la presente Ley, de dominio privado y que, al efectuarse el deslinde de acuerdo con lo que en ella se prevé se incorporan al dominio público, la laguna legal ha sido completada, en términos coherentes con las exigencias derivadas del artículo 33.3 de la Constitución, por el Reglamento, que en sus Disposiciones transitorias tercera y cuarta, dispone que estas situaciones reciban el mismo tratamiento que las contempladas en el apartado 4 de esta misma

---

<sup>276</sup> El apartado 3 de la Disposición transitoria primera dispone que «en los tramos de costa en que el dominio público marítimo o terrestre no esté deslindado o lo esté parcialmente a la entrada en vigor de la presente Ley, se procederá a la práctica del correspondiente deslinde, cuya aprobación surtirá los efectos previstos en el art. 13 para todos los terrenos que resulten incluidos en el dominio público, aunque hayan sido ocupados por obras. En estos casos la operación de deslinde puede dar lugar también en estos casos a una privación de derechos. El Tribunal Constitucional se refiere a aquellos supuestos en los que, al llevarse a cabo el deslinde con arreglo a la Ley de Costas se incorporen al dominio público terrenos, y eventualmente obras e instalaciones, que según la legislación anterior eran inequívocamente de dominio privado, o en aquellos otros en los que existan títulos registrales inscritos y amparados por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, que nunca pudieron hacerse valer ante la Administración por la simple razón de no haber acometido ésta el deslinde del dominio público en la zona (STC 149/1991, FJ 8 B) d).

Disposición transitoria primera de la Ley, cuya adecuación a la Constitución ya hemos declarado antes. Esta disposición reglamentaria patentiza, en consecuencia, que la ley pueda ser interpretada de manera conforme a la Constitución, por el Tribunal Constitucional, y que puede ser mantenida, pese al silencio de su texto, siempre que sea interpretada en este sentido, concluye la sentencia (STC 149/1991, FJ 8 B d)). De lo que se desprende que para el Tribunal Constitucional tal “laguna legal”, no es inconstitucional ya que la enmienda el Reglamento. Aquí opinamos que hubiese sido mucho mejor, desde el punto de vista de la constitucionalidad y la seguridad jurídica, que la ley hubiese regulado directamente este tipo de casos, estableciendo, también de manera directa, el alcance de la indemnización<sup>277</sup>.

-El mandato constitucional que exige al legislador velar por la protección del medio ambiente permite a éste reducir el derechos de propiedad urbana en las costas de manera drástica. El régimen transitorio que establece la Ley respecto la aplicación de la servidumbre de protección y de las limitaciones previstas en la zona de influencia, lo que supone incidir en las situaciones urbanísticas preexistentes de los terrenos es una delimitación del derecho de propiedad conforme a la Constitución. Éste no vulnera la garantía expropiatoria sancionada en el art. 33.3 de la CE ya que el margen de los supuestos que puedan plantearse una efectiva expropiación deberá procederse a la materialización de la correspondiente indemnización. La fijación y la regularización de las limitaciones a las propiedades colindantes al dominio público marítimo-terrestre que por razón de la protección de éste y del medio ambiente se establecen en la Ley, aparecen plenamente justificadas constitucionalmente, ex artículo 33.2 CE, y por ello, no pueden ser consideradas como expropiaciones *stricto sensu*.

La Disposición transitoria tercera es impugnada por razones competenciales y también por

---

<sup>277</sup> En cuanto a las inscripciones registrales, amparadas por el artículo, 34 de la Ley Hipotecaria, la solución que presenta la Ley, descubre el Tribunal, “es aún más clara” (STC 149/1991, FJ 8 B d)) ya que se les da a los propietarios la posibilidad de hacer valer sus derechos en el momento del deslinde en virtud de lo que fija el inciso final del artículo 13, apartado segundo, de la propia Ley, de manera que en esa ocasión podrán sus titulares obtener de la jurisdicción competente el reconocimiento de su derecho y quedarán con ello en la misma situación que los propietarios de enclaves a los que se refiere el apartado primero de esta Disposición transitoria (STC 149/1991, FJ 8 B d)). Pero respecto a ello todavía deben añadirse algunos matices: “Debe ser admitido que es cierto que el texto de este apartado se refiere sólo a las Sentencias judiciales firmes anteriores a la entrada en vigor de la presente Ley, pero también lo es que la aplicación analógica de esta previsión al supuesto que ahora se analiza, que el texto literal no hace imposible, es indispensable para no privar de sentido al inciso del artículo 13.2 que anteriormente el Tribunal ha señalado y que esta aplicación, exigida en definitiva por la interpretación sistemática de la propia Ley, permite también en este caso entender que el precepto que ahora estudia el Tribunal no es, tampoco en relación con estos supuestos, contrario a la Constitución” (STC 149/1991, FJ 8 B d)).

patrimoniales. Ésta establece un régimen transitorio en la aplicación de la servidumbre de protección y de las limitaciones previstas en la zona de influencia, lo que supone incidir en las situaciones urbanísticas preexistentes de los terrenos sobre los que aquellas recaen, afectando de esa forma a las competencias de las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos en la materia de urbanismo. Este régimen, se diversifica en función de la clasificación del suelo existente a la entrada en vigor de la Ley y, a su vez, de la existencia o no de planes parciales aprobados definitivamente o no y, en su caso, de la fecha de su aprobación y del hecho mismo de su ejecución (apartados 1, 2 y 3), pues es incuestionable que la incidencia que todo ello tiene en las competencias urbanísticas de las Administraciones autonómicas y municipales correspondientes queda plenamente justificada, subraya el Tribunal Constitucional, en la medida en que también lo están las prohibiciones y limitaciones que, en relación al uso del suelo por razones medioambientales (art. 149.1.23 CE), se imponen en las zonas de servidumbre de protección y de influencia.

El Tribunal Constitucional añade que este régimen transitorio encuentra además complementaria cobertura en la competencia que al Estado reserva el art. 149.1.1 de la CE, ya que con él se garantiza que las limitaciones y servidumbres que establece la Ley no tengan una proyección desigual sobre las facultades de los propietarios según las diversas situaciones urbanísticas de los terrenos e inmuebles de su titularidad. Es decir, si la necesidad de asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho que garantiza el art. 33.1 de la CE, no quedaría a plenamente asegurada si el Estado no regulase las condiciones básicas de la propiedad sobre los terrenos colindantes del dominio público marítimo-terrestre sujetos a las limitaciones ya conocidas, tampoco lo quedaría si no procediese a fijar los criterios a los que transitoriamente, en atención al planeamiento y circunstancias urbanísticas preexistentes en cada caso, deba acomodarse y ajustarse la aplicación de dichas limitaciones. A todo ello el Tribunal Constitucional concluye que no cabe imputar a esta Disposición transitoria tercera vulneración alguna de la garantía expropiatoria sancionada en el art. 33.3 de la CE pues el margen de los supuestos que puedan plantearse en los que producida una efectiva expropiación deba procederse a la materialización de la correspondiente indemnización, la fijación y la regularización de las limitaciones a las propiedades colindantes al dominio público marítimo-terrestre que por razón de la protección de éste y del medio ambiente se establecen en el Título II de la Ley, aparecen plenamente justificadas constitucionalmente (art. 33.2 CE) y por ello, no pueden ser consideradas como expropiaciones *stricto sensu* (STC 149/1991, FJ 8 D)). Es decir estamos ante una delimitación del derecho de propiedad constitucional.

-La Ley que prevea una indemnización, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no tiene porque incluir una indemnización correspondiente al valor “real”, del precio del mercado, sino que de acuerdo con la importancia del bien, ésta puede quedar inmensamente reducida y todavía ser constitucional. El Tribunal Constitucional establece que también es una “expropiación” que no requiere indemnización --más allá de lo que establece la Ley-- la norma que establece que los bienes que, tras el correspondiente deslinde, pasan a integrar el dominio público marítimo-terrestre de acuerdo con la nueva definición que del mismo se establece en ésta. Con el otorgamiento de una concesión que permite el mantenimiento de los usos y aprovechamientos existentes por un plazo máximo de sesenta años se considera cubierta la indemnización. Es decir, ni la cantidad de la indemnización ni el procedimiento son inconstitucionales.

El apartado 4 de la misma Disposición transitoria primera, referido a aquellos bienes que, tras el correspondiente deslinde, pasan a integrar el dominio público marítimo-terrestre de acuerdo con la nueva definición que del mismo se contiene en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley es constitucional. En este caso la pérdida de la propiedad de los mismos implica asegura el Tribunal Constitucional, sin duda, una expropiación. Una expropiación que lleva implícita su indemnización – “que es, no obstante, constitucionalmente admisible en su causa en cuanto, como ya se razonó en su momento, nada impide que el legislador precise la definición jurídica de lo que, en razón de sus características físicas, haya de entenderse por ribera del mar y que da también satisfacción a la garantía indemnizatoria que prevé el art. 33.3 CE, al compensar la pérdida de una efectiva titularidad dominical sobre unos bienes que pasan a integrar el dominio público con el otorgamiento de una concesión que permite el mantenimiento de los usos y aprovechamientos existentes por un plazo máximo de sesenta años” (STC 149/1991, FJ 8 B) b)).

-La regulación de la propiedad es constitucional incluso cuando incluye el mandato de dismantelar construcciones existentes – sin que curse indemnización-- si éstas se realizaron al margen de la ley. El Tribunal Constitucional declara que las normas que establecen limitaciones en terrenos que no son estrictamente dominio público marítimo-terrestre y las limitaciones en propiedades que sí se encuentran en terrenos integrantes del dominio público, llevan en la mayoría de los casos, y de acuerdo con la Ley de Costas, a la demolición de las obras e instalaciones, sin que se otorgue indemnización, por ser obras realizadas al margen o con infracción de la propia legislación de costas vigente en el momento en que lo fueron a pesar de que se da la posibilidad de legalizar dichas instalaciones y obras por razón de interés público, son constitucionales (a pesar de que no prevean una indemnización).

En cuanto a la norma que establece que las obras legalizadas por razón de interés público, así como las construidas, o que puedan construirse, al amparo de autorización estatal otorgada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas, pueden ser demolidas al extinguirse la concesión cuando ocupen terrenos de dominio público, o pueden quedar sujetas a una situación equivalente a la de fuera de ordenación que prevé la Ley del Suelo cuando se encuentren ubicadas en la zona de servidumbre de tránsito y de protección tampoco vulneran el art. 33.3 de la Constitución, al no ser sino limitaciones legales de las facultades dominicales y por lo tanto no se consideran expropiación – no son regulación “excesiva”.

El Tribunal Constitucional declara constitucional también la Disposición transitoria cuarta que para los Diputados recurrentes infringe el artículo 33.3 de la Constitución porque creen que establece limitaciones de derechos o facultades dominicales sin prever la correlativa indemnización para sus titulares, máxime al incidir esas limitaciones en terrenos que no son estrictamente dominio público marítimo-terrestre. El párrafo a) del apartado 2 de dicha Disposición transitoria sí se refiere a terrenos integrantes del dominio público, al fijar en concreto cuál será el destino final de las instalaciones y obras que a la entrada en vigor de la Ley ocupen terrenos de dominio público, debe tenerse en cuenta, en primer término, que la demolición de las obras e instalaciones prevista en el apartado primero en forma alguna debe ser objeto de indemnización por ser obras realizadas al margen o con infracción de la propia legislación de costas vigente en el momento en que lo fueron. El Tribunal Constitucional establece que ni estamos ante una privación expropiatoria de un bien, ni tampoco ante una lesión patrimonial por la que deba responder la Administración indemnizando. Además la Ley, apunta el Tribunal, abre la puerta a una posible legalización de dichas instalaciones y obras por razón de interés público, a pesar de que no estaba obligada a ello (STC 149/1991, FJ 8 E)).

En segundo lugar, la decisión manifiesta que el hecho de que las obras legalizadas por razón de interés público, así como las construidas, o que puedan construirse, al amparo de autorización estatal otorgada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, sean demolidas al extinguirse la concesión cuando ocupen terrenos de dominio público [apartado 2, párrafo a)], o queden sujetas a una situación equivalente a la de fuera de ordenación que prevé el art. 60.1 y 2 de la Ley del Suelo cuando se encuentren ubicadas en la zona de servidumbre de tránsito y de protección [apartado 2, párrafos b) y c)] no puede entenderse que infrinjan el art. 33.3 de la Constitución. Para el Tribunal éstas son meras limitaciones legales de las facultades dominicales ajenas al concepto mismo de expropiación (STC 149/1991, FJ 8 E)). Finalmente recordamos que el Tribunal Constitucional desestima el recurso en

todo a lo que atañe a las cuestiones sobre el derecho de propiedad (STC 149/1991, Fallo).

-Precisamente es en la aplicación de la Ley de Costas y “corrección” de las situaciones creadas a raíz de la legislación anterior a la Ley de Costas cuando se detecta seriamente las consecuencias de ésta. El derecho de propiedad no incluye los derechos adquiridos que no estén reconocidos legalmente. Por lo tanto, cuando éstos se vean conculcados a raíz de la nueva regulación de costas no es preciso que curse indemnización. De este modo, la denegación de una concesión o prórroga de concesión a un Club Náutico privado debido a que éste no cumple ninguna función social es conforme al derecho y no requerirá ninguna indemnización ni que ello implique, la denegación, la demolición de las construcciones y el fin del Club y la playa privada.

En este caso el Club Náutico T. presenta un recurso contra la Resolución de 30 de junio de 1989 del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo a raíz de la denegación de una concesión, y subsidiariamente, pide la prórroga de la anterior para continuar en el ejercicio de su actividad náutico-deportiva en la zona marítimo-terrestre. Esta petición la realizan el club náutico T. de acuerdo con la Ley de Costas 22/1988. El Club cree que a raíz de la nueva regulación de la Ley de Costas éste tiene derecho a una nueva concesión o en todo caso, a una prórroga de 30 años hasta completar los 30 que la Ley de Costas autoriza. Respecto a los hechos debe destacarse también que nadie discute que el Club Náutico T., ocupa el dominio público marítimo-terrestre ni que tal concesión se otorgó “a título precario” y por 15 años, por OOMM, en 1969; y no en virtud de la Ley de Costas de 1969, sino en virtud de la Ley de Puertos de 1928. El Club obtuvo una prórroga por cinco años más, pero lo que ocurre ahora es que se encuentra con que la concesión se extingue en 1989 con la nueva normativa sobre costas (con la Ley 22/1988).

La Audiencia Nacional resuelve este caso con una sentencia -- sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso administrativo)-- totalmente opuesta a cualquier reconocimiento dominical al Club T. La Audiencia toma esta postura a raíz de la nueva regulación que entiende que cambió totalmente las relaciones entre los propietarios y el dominio público. A su entender la nueva regulación es restrictiva y excluye tal tipo de propiedad privada, y más si el propietario es un Club privado náutico que no cumple, ello se desprende del texto de la sentencia como se verá reproducido, ninguna función social. La Audiencia Nacional expresa que: “Haciendo un esfuerzo de síntesis, bien puede decirse que el criterio inspirador de la nueva regulación, en lo relativo al otorgamiento de concesiones para la utilización de dominio público marítimo-terrestre, es sumamente

restrictivo y riguroso, tanto en este aspecto como a la hora de otorgar autorizaciones, de fijar reglas sobre el uso de playas, cuidado del medio ambiente, limitaciones al derecho de propiedad en zonas de servidumbre y de influencia, etc” (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 5)).

La Audiencia recuerda que el otorgamiento de concesiones, en la Ley de Costas 22/1988, sigue un criterio eminentemente discrecional. La Ley dispone que la Administración podrá acudir a simple oportunidad o interés público (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 6)). Sin dejar de lado, claro está, que la potestad discrecional queda sometida a ciertos límites: junto a los formales o procedimentales más la obligación de motivar la decisión, “tenemos que la Ley ofrece -a modo de *standards* jurídicos- conceptos indeterminados que en cada caso habrá que integrar para apreciar si en cada caso la Administración en el ejercicio de su potestad se amolda al fin querido por la norma...” (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 6)).

La Ley 22/1988, que no sólo tiene vocación de futuro, precisa la decisión, “sino que además pretende regular situaciones creadas en el pasado...” (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 7)). La Audiencia por un lado manifiesta que en este caso no hay derecho adquirido alguno y por otro apunta que lo expresado quiere decir que a la hora de otorgar prórrogas éstas sólo se podrán otorgar siempre y cuando sean compatible a la nueva normativa. Es más, la Audiencia subraya que extinguidas esas concesiones, si éstas son contrarias a la Ley 22/1988, serán demolidas. Por ello, determina la decisión, no se puedan emplear los mismos argumentos para decidir si la actora tiene derecho a una nueva concesión como a una prórroga (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 7)).

Volviendo al caso concreto, enuncia la Audiencia, tenemos: un club náutico, club que ocupa un total de 5214 m<sup>2</sup>, parte de cuya extensión -aparcamiento- ya ha sido cedida a raíz de la construcción del paseo marítimo. El resto está totalmente dentro de la playa -las fotografías y planos obrantes en el expediente son sumamente expresivos. Sus instalaciones se componen de un campo de deporte, piscina, una terraza, el club social, un varadero y un almacén. A ello la Audiencia Nacional responde con otra pregunta: “Tales instalaciones por su naturaleza y fin ¿es absolutamente indispensable que tengan tal ubicación?” (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 8)). La sentencia establece que no, “no hay necesidad, derivada de su naturaleza

(art. 32.1 Ley 22/1988)” y subraya: “de que una piscina o una cancha de tenis o básquet, la terraza o el mismo club social estén en la playa, ocupen el dominio público, eso sin tener en cuenta que la ocupación de playas no puede ser de tipo privado (art. 65.1 RD 1471/1989) y siempre de libre acceso al público (art. 64.1), lo cual no se justifica que así sea en el caso de un club náutico” (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 8)).

Desde luego, la Audiencia Nacional, no muestra condescendencia hacia los miembros del Club Náutico que ya no podrán disfrutar de la playa privada --playa privada-pública-- con exclusividad, y ello sin que se les compense de ningún modo o se les indemnice como se merecen. La Audiencia destaca el hecho que la parte actora requiera la ocupación en su totalidad, sin distinguir usos “y esto hace que en su totalidad no se acceda a lo pedido por la misma”. Distinto sería, concreta la sentencia, “que las instalaciones antes apuntadas pudiesen ser conceptuadas como usos propios de playas para fines turísticos o de temporada (art. 65 RD 1471/1989)”; es decir, que las playas “del Club” fuesen “públicas”, que todo el mundo pudiera acceder a ellas. Y puestos a discernir la decisión también se cuestiona: “¿es imprescindible que el varadero o almacén estén donde están?” (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 8)). Ello no está justificado en absoluto por la actora --por el Club-- manifiesta la Audiencia, ambas construcciones podrían estar “por ejemplo, en zona portuaria”<sup>278</sup>.

En definitiva, el hecho que no se renueve o no se dé una nueva concesión al club es ajustada a derecho y por ello se desestima la demanda (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo)). Nada se dice sobre si se debe indemnizar al Club, tampoco entraba en su petición, ya que lo que requería el Club era una extensión de la concesión, pero se entiende que en principio no cabrá indemnización de ningún tipo. La Audiencia Nacional pocas

---

<sup>278</sup> Los recurrentes, el Club, intenta demostrar la idoneidad de su ubicación en base a sus actividades, los “cursos, cursillos y competiciones” que organiza, pero la Audiencia no acepta tampoco este argumento: “Al respecto, alegar y probar documentalmente que se organizan cursos o cursillos y competiciones de nada sirve: sólo demuestra que el club actúa de conformidad con su fin pero no que para éste sea imprescindible estar donde está, máxime en una materia donde el criterio restrictivo es el imperante y donde la Ley 22/1988 representa “una Ley nueva, con una concepción distinta de la regulación del dominio público marítimo-terrestre” tal y como reza su Exposición de Motivos” (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso administrativo) (FJ 8)).



concesiones parece querer hacer a “la antigua propiedad”.

*(v) La regulación de los bienes integrantes del patrimonio histórico alcanza limitaciones costosas para el propietario que no incluyen indemnización, siempre y cuando los bienes se hayan clasificado como tales.*

-Los deberes de conservación de los edificios, de edificaciones ruinosas o inadecuadas o por ser patrimonio de interés público, no son una expropiación forzosa, no corresponderá indemnización, y los costes además, irán a cargo del propietario. En la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo se estableció que el art. 228.3 y 4 de la Ley del Suelo se refiere a "Edificaciones ruinosas e inadecuadas" y respecto a éste el Tribunal Constitucional dispone: "Ciertamente, entre las condiciones básicas que garanticen la igualdad, el Estado puede establecer ciertos deberes de conservación de los edificios, como establece el art. 228.1, en su primer párrafo (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 32 b))<sup>279</sup>.

*(vi) Las meras expectativas no se consideran expropiación, o regulación excesiva. Las leyes que regulan relaciones contractuales con el Estado pueden limitar derechos patrimoniales, y en especial los pro futuro, sin que medie indemnización. El derecho de propiedad en relación a la función pública puede quedar también ampliamente regulado (y limitado).*

-La reducción de la edad de jubilación de los Jueces y Magistradas, funcionarias, no puede considerarse expropiación ya que se trata de meras expectativas. En la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986 se cuestiona si la reducción de la edad de jubilación de los Jueces y

---

<sup>279</sup> Ya veremos en apartados posteriores como en la jurisprudencia ordinaria en algunos casos el hecho que una casa no estuviera calificada como patrimonio histórico o como interés patrimonial de la ciudad impide a un Ayuntamiento obligar al propietario a sufragar los costes de la conservación. Si lo hiciera, declaran los tribunales ordinarios, estaría mos ante una expropiación.

Magistrados, funcionarios, puede considerarse expropiación. El Tribunal Constitucional manifiesta que no, que se trata de meras expectativas. Estamos pues ante un caso en que la limitación del derecho se impone a un particular pero a un particular con una característica concreta: se trata de un funcionario público. En la sentencia primero se apunta que la expropiación, el concepto de expropiación, se definirá por ley debido a que la Constitución no define el concepto de expropiación. Por otro lado el artículo 386 de la LOPJ define que es expropiable y por lo tanto indemnizable. En la decisión se acepta como objeto de expropiación lo que establece la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de expropiación<sup>280</sup>.

-En todo caso lo único que podría mediar es una indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial del legislador. En determinados casos se admite la posibilidad de conceder indemnizaciones a funcionarios en concepto de responsabilidad patrimonial del legislador por el adelanto de la edad de jubilación si se computan daños concretos, excesivos y de manera singular<sup>281</sup>.

El Tribunal Constitucional en la sentencia STC 99/1987 – sobre el adelanto de la edad jubilación funcionarios—~~cl~~ara que éste no tiene carácter expropiatorio tampoco a pesar de que reconoce que: “Esto no impide añadir [remitiendo a la STC 108/1986] que esa modificación legal origina frustración

---

<sup>280</sup> El Tribunal insiste en que el artículo 386 de la LOPJ no califica como expropiación los derechos o intereses aun no garantizados como derechos subjetivos y mucho menos las meras expectativas. Por lo tanto, en este caso el Tribunal Constitucional declara que la reducción de la jubilación no puede considerarse expropiación --es decir, no es un bien ni expropiable ni indemnizable-- ya que, mantiene el Tribunal, no existe un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación. De lo que se ha privado a los jueces es de una mera expectativa, pero no de un derecho actual consolidado. En conclusión, puede ser objeto de expropiación y por lo tanto “indemnizable”: los intereses patrimoniales legítimos, los derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no los derechos eventuales y futuros ni las meras expectativas (STC 108/1986, FJ 20).

<sup>281</sup> Antes de la sentencia de la Ley de Aguas el Tribunal Constitucional se pronunció respecto el problema de la posible existencia de medidas generales de carácter expropiatorio cuando se planteó ante Tribunal Constitucional el problema de la anticipación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos decretada por diversas normas con rango de Ley operada por el artículo 385 LOPJ (STC 108/1986, de 29 de julio). El Tribunal en esa ocasión afirma que los funcionarios públicos sólo ostentaban una *expectativa*, y no un derecho o un interés patrimonial legítimo susceptible de expropiación. Ésa afirmación se realiza de nuevo en la sentencia, también del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio que cuestiona el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios por el artículo 33 de la Ley de medidas para la reforma de la función pública 30/1984, de 2 de agosto (LMRFP), que adelantó la edad de jubilación. En virtud de esta Ley, la edad de jubilación pasó de los 70 a los 65 años de edad, con la consiguiente reducción salarial y de tiempo de cotización de los funcionarios (art. 33) --idéntico adelanto de la edad de jubilación fue previsto para los jueces y magistrados, por un lado, y para los funcionarios del cuerpo de profesores de Educación General Básica, (artículo 386 de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio y D-Ley 17/1982, de 24 de septiembre respectivamente). La sentencia del Tribunal Constitucional 70/1988, de 19 de abril, responde al recurso contra el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios del cuerpo de profesores de EGB por el D-Ley 17/1982 en términos casi idénticos a los que se exponen aquí respecto a la sentencia que se examinan en este apartado.

de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación” (STC 99/1987, FJ 6). El Tribunal Constitucional para distinguir entre expropiación y expectativas sigue la teoría del acto singular ya utilizada con anterioridad<sup>282</sup>. Por otro lado la sentencia del Tribunal Constitucional 70/1988 en su fundamento jurídico tercero añade que las compensaciones, pueden atribuírselles carácter de indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial del legislador. Éstas declaraciones del Tribunal Constitucional vuelven a repetirse en la sentencia 129/87, de 16 de julio<sup>283</sup>.

En definitiva el Tribunal mantiene que cada funcionario ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute, o a solicitarlo en su caso, de las situaciones administrativas legalmente reconocidas, pero no el derecho, sino la expectativa, a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificados por el legislador. Consecuentemente el Tribunal Constitucional expone que en virtud de lo descrito, si no existen tales derechos no puede reprocharse a las normas cuya constitucionalidad se cuestiona el efecto de su privación y, por tanto, hay que rechazar la pretendida vulneración del art. 33.3 de la CE no puede hablarse de una incumplida exigencia de indemnización, porque, como señaló en la

---

<sup>282</sup> El Tribunal Constitucional escribe: “y es esa misma sentencia (108/1986) la que, refiriéndose a la supuesta privación de derechos y vulneración del art. 33.3 de la C.E., añade, a propósito de la jubilación anticipada de jueces y magistrados, que el legislador tuvo en cuenta el concepto de expropiación forzosa de la ley vigente art. 1, ley 16 de diciembre de 1954 que lo definía o define como < cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos >, que no se compadece con la disposición impugnada, carente de los elementos propios de una medida expropiatoria, uno de ellos que se trate de derechos, no de expectativas jurídicas, y otro que, aun en el supuesto de existencia de un derecho subjetivo a mantenerse el funcionario en servicio activo (con un contenido patrimonial del que se le priva), que se diera el dato de la privación singular propia de toda expropiación, que implica una sustracción o ablación de un derecho, como < sacrificio especial > impuesto a uno o varios sujetos por razones de utilidad pública o interés social, pero no como en la jubilación anticipada una limitación, delimitación o regulación general del contenido de un derecho, que no les priva del mismo, sino que lo configura ex novo o modificando una situación normativa general anterior” (STC 99/1987, FJ 6 D).

<sup>283</sup> En la decisión se responde a una cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal desestima las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, interpuestas contra el artículo 33 y disposición transitoria novena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Los preceptos que el Tribunal apelante cree que podrían ser lesionados son los siguientes: 33.3 y, en relación con el mismo, el 106.2; 9.3 en cuanto recoge los principios de seguridad jurídica y la interdicción de irretroactividad y de arbitrariedad y, en conexión con este artículo, el 1.1. y, finalmente, el art. 14, en cuanto se establecen diferencias injustificadas entre categorías de trabajadores. El Tribunal Constitucional declara que en lo que se refiere a la presunta vulneración del art. 33.3 de la C.E. en cuanto que el art. 33 de la ley 30/1984 priva sin indemnización a los funcionarios de un derecho individual al mantenimiento de la edad de jubilación con evidentes repercusiones económicas y que se vincula en algún auto de planteamiento a la lesión del art. 106.2 de la CE el Tribunal expresa que, como indicó en el fundamento jurídico sexto (STC 99/1987) el funcionario que ingresa al servicio de la administración pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente, y por ello modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso.

sentencia citada, no se establece en el art. 33 de la ley 30/1984 una medida expropiatoria, al carecer de los elementos propios de ésta: uno de ellos que se trate de derechos, no de expectativas jurídicas, y otro que se diera el dato de la privación singular propia de toda expropiación. Se trata, por el contrario, repite el Tribunal “de una limitación, delimitación o regulación general de un derecho, que no priva del mismo a los destinatarios de la norma, sino que lo configura ex novo, o modificando una situación normativa general anterior; sin que ello impida apreciar, como ya se hizo en la STC 99/1987, que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes, y en determinados casos, perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación (STC 129/87, FJ 4). Por ello no se declara inconstitucional el artículo 33 de la Ley 30/1984, ni tampoco la disposición transitoria novena de la misma, debido a que ésta se limita a instrumentar la aplicación paulatina del precepto anteriormente mencionado, y que no es cuestionada en forma separada.

-Tampoco se considera una regulación excesiva la norma que impone la incompatibilidad entre pensiones de la seguridad social con puestos de trabajo en la Administración. Ésta es una delimitación de los derechos patrimoniales conforme a la Constitución que no requiere indemnización<sup>284</sup>.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso porque entiende que la incompatibilidad entre pensiones de la Seguridad Social y el desempeño de puestos de trabajo en la Administración ha sido objeto de una regulación de tipo general, aprobada con posterioridad a la Ley 44/1983, y dentro del mismo ejercicio, como es la contenida en el art. 3.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. El Tribunal por ello no declara contraria a la Constitución la inclusión de la disposición que se impugna en la Ley de Presupuestos. Los argumentos del Tribunal Constitucional parten de la premisa de que la

---

<sup>284</sup> La norma impugnada no supone la privación de unos derechos patrimoniales que sea contraria a las previsiones del artículo 33.3 de la Constitución puesto que incide sobre una situación de hecho, no garantizada por el ordenamiento, sino opuesta a sus previsiones, y que, por lo tanto, no podía dar lugar a un derecho de carácter patrimonial a su mantenimiento, cuya privación deba ser objeto de indemnización. Por otro lado es constitucional el sistema estatal de seguridad social de tipo contributivo que no establece una correlación exacta entre contribuciones y prestaciones. El Tribunal Constitucional en la sentencia 65/1987, de 21 de mayo estudia la constitucionalidad de la norma que impone la incompatibilidad entre pensiones de la seguridad social y puestos de trabajo en la Administración. La decisión responde a un recurso interpuesto contra el artículo 52 y la disposición adicional quinta de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984.

Seguridad Social es una función del Estado<sup>285</sup>. Primero el Tribunal Constitucional reconoce que las previsiones del art. 52 de la Ley de Presupuestos, si bien su aplicación supondría claramente un efecto sobre la dimensión del gasto, que se reducirá en la cuantía que las pensiones que dejen de percibirse por incompatibilidad, tal efecto dependerá de la efectiva elección que el sujeto afectado lleve a cabo entre la percepción de la pensión o la prosecución de la actividad retribuida incompatible<sup>286</sup> (STC 65/1987, FJ 7)

En la sentencia el Tribunal subraya que la incompatibilidad entre pensiones de la Seguridad Social y el desempeño de puestos de trabajo en la Administración ha sido objeto de una regulación de tipo general, aprobada con posterioridad a la Ley 44/1983, y dentro del mismo ejercicio, como es la contenida en el art. 3.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. Por lo que no procede estima contraria a la Constitución la inclusión de la disposición que se impugna en la Ley de Presupuestos (STC 65/1987, FJ 7)<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> El Tribunal Constitucional en las sentencias 129/87, 99/87, 65/87 anteriores a ésta ya había afirmado que la Seguridad Social es una función del Estado, pero con distintas posibilidades de configuración y que no garantiza una identidad de protección.

<sup>286</sup> La otra cuestión respecto al precepto, que es si este debía ser incluido en la Ley de Presupuestos queda resuelta también. A juicio del Tribunal también respecto a este precepto resulta indiscutible su vinculación a la materia presupuestaria en grado suficiente para considerar que su inclusión en la Ley de Presupuestos se encuentra justificada por la conexión existente entre su contenido y los criterios de política económica que inspiran la normativa presupuestaria en que se incardina. En opinión del Tribunal el artículo 52 de la Ley 44/1983 representa una medida tendente a la reducción del gasto, que resulta congruente con las medidas en el mismo sentido referidas a la Seguridad Social (entre ellas la disposición adicional quinta) y que se presenta como específicamente vinculada a las previsiones presupuestarias para el ejercicio correspondiente al año 1984, sin que pudiera pretender introducir una regulación permanente, independiente de las circunstancias económicas y criterios del mismo tipo que inspiran el Presupuesto para ese año (STC 65/1987, FJ 7).

<sup>287</sup> El Tribunal en la sentencia analiza la prohibición de retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales, y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por ello examina antes el alcance de la norma que se impugna, puesto que la inconstitucionalidad que se predica se funda en las alteraciones que introduce respecto de la situación anterior a ella. Los antecedentes de esa norma, tal y como resultan de las mismas alegaciones efectuadas, y de la normativa legal hasta el momento aplicable son: la Mutualidad de la Previsión que los recurrentes consideran el ejemplo más relevante de los destinatarios de la disposición adicional impugnada, se configura, de acuerdo con lo dispuesto en su propio Reglamento de 30 de septiembre de 1981, como una Entidad de Previsión social (art. 1.º) con personalidad jurídica propia y plena capacidad [...] (STC 65/1987, FJ 9). Dentro de estas previsiones, la Mutualidad ha venido practicando operaciones de previsión de tipo diverso, tanto relativas a la previsión social obligatoria en sustitución de las Entidades gestoras del Régimen General de la Seguridad Social como de previsión complementaria de ese régimen. Esa diferenciación se traduce en disposiciones específicas del Reglamento de la Mutualidad. Así, su artículo 11 prevé que «dado el carácter mixto de esta Mutualidad, que comprende la Seguridad Social obligatoria y la previsión complementaria, se separarán dichas funciones en el orden económico financiero y contable» (STC 65/1987, FJ 10). La Mutualidad percibía además cotizaciones más elevadas, y efectuaba mayores prestaciones que las correspondientes al Régimen General, al ir más allá de éste -por decisión de la propia Mutualidad- las prestaciones complementarias y voluntarias (STC 65/1987, FJ 11). En los años anteriores a la disposición que se impugna en la

-En cuanto a las prestaciones que el Real Decreto 1879/1978 y el Reglamento de la Mutualidad consideran como de previsión voluntaria la Disposición adicional que se impugna reconoce expresamente su mantenimiento, en cuanto a su reconocimiento y cálculo, de acuerdo con su normativa específica. Las obligaciones de la Mutualidad frente a sus miembros, a cargo de los fondos concretamente asignados a su satisfacción, se mantienen, pues, "sin que por tanto pueda hablarse, (expresa la sentencia), de privación de derechos de ningún tipo, ni, en consecuencia, de afectación retroactiva de derechos individuales" (STC 65/1987, FJ 12). En este caso además lo que sucede es que la norma impugnada dispone que este segundo grupo de prestaciones sea cubierto efectivamente por los recursos propios de la Mutualidad, excluyendo, en consecuencia, una cobertura adicional mediante fondos públicos (STC 65/1987, FJ 12). Esta limitación, que a nosotros nos parece grave, el Tribunal Constitucional no la considera inconstitucional ni que tal exclusión prive a los mutualistas de unos derechos que se configuran como derechos frente a la Mutualidad y derivados del régimen adoptado por ésta, y no frente a entidades u órganos públicos, respecto a los cuales -en su organización y funcionamiento- la Mutualidad aparece claramente diferenciada (STC 65/1987, FJ 12). El Tribunal entiende que las obligaciones de la Mutualidad para sus miembros no desaparecen como consecuencia de la Disposición adicional quinta de la Ley 44/1983 - debido a la promulgación de la Ley-- sino que a su cumplimiento permanece afectado el conjunto de recursos propios que preveía el Real Decreto 1879/1978 y la misma Disposición adicional quinta. Es decir, que en el caso que desapareciesen sería por la falta de presupuesto y recursos de la Mutua (STC 65/1987, FJ 12). El Tribunal Constitucional además destaca, que las prestaciones complementarias y voluntarias, y los medios para su efectiva

---

sentencia, recogida en la Ley de Presupuestos de 1983, debido al creciente desfase entre ingresos y gastos de la Mutualidad, ésta se coloca, según la expresión de los recurrentes, en una «situación financiera límite» que condujo a una considerable deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social. La solución que a la citada situación financiera límite de la Mutualidad arbitra la Disposición Adicional quinta de la Ley 44/1983, presenta diversos aspectos, unos de los cuales son considerados inconstitucionales, y otros no: En forma resumida, pues, la Disposición adicional quinta supone precisar la cobertura a proveer por el Estado --que comprenderá aquellas prestaciones correspondientes al Régimen General de la Seguridad Social-- y, consecuentemente, delimitar las prestaciones no incluidas en dicho Régimen y que, por lo tanto, siguen a cargo de la Mutualidad de Previsión (STC 65/1987, FJ 11). Frente a estas previsiones, el Tribunal Constitucional manifiesta que no pueden compartirse las alegaciones de los recurrentes que se refieren a que la disposición impugnada supone una acción con carácter retroactivo sobre derechos individuales consolidados. Por lo que respecta a las prestaciones, causadas o por causar, correspondientes al Régimen General de la Seguridad Social, la Disposición adicional quinta no supone. Precisa el Tribunal, privación o disminución alguna, sino por el contrario, una medida de garantía, al integrar directamente en el sistema de la Seguridad Social a los interesados (STC 65/1987, FJ 12).

satisfacción, se sitúan fuera del mínimo obligatorio determinado por las normas reguladoras del Régimen General de la Seguridad Social, para incluirse en las previsiones que la misma Mutualidad, y no los poderes públicos, determinan (STC 65/1987, FJ 12)<sup>288</sup>.

-Por otra parte, la Disposición adicional quinta que a su vez prevé la no financiación de déficit de las Entidades de Previsión, una vez satisfecho el coste de su integración en la Seguridad Social no es inconstitucional. El Tribunal Constitucional entiende que estas decisiones parten del principio de separación patrimonial originado en el Real Decreto 1879/1978 -que por otro lado se ve confirmado por las disposiciones de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado-, y que este principio debe regir la determinación del «coste de integración» a que se refiere la Disposición adicional quinta de la Ley de Presupuestos para 1984 (STC 65/1987, FJ 13).

En este contexto, repite el Tribunal, no puede afirmarse que tal Disposición despoje a los mutualistas de sus derechos con efectos retroactivos, con vulneración de lo previsto en el artículo 9.3 de la Constitución, puesto que, como se ha señalado, no se ha producido privación alguna de derechos a satisfacer por los poderes públicos, sino una delimitación, de acuerdo con la normativa anterior, de dos tipos de prestaciones y de la cobertura con que cuenta cada una de ellas (STC 65/1987, FJ 13).

-En cuanto al artículo 52 de la Ley 44/1983 los recurrentes creen que vulnera los artículos 9.3, 33, 35 y 134.2 de la Constitución. Los recurrentes opinan que el precepto impugnado priva a los particulares de «derechos patrimoniales» o «Derechos ya incorporados a sus patrimonios», sin que se produzca la correspondiente indemnización (STC 65/1987, FJ 17). Esta privación de derechos supondría, además, entienden los recurrentes, por incidir con retroactividad «de grado máximo» sobre pensiones ya devengadas y en trance de percepción, la violación de la interdicción de retroactividad del

---

<sup>288</sup> Por ello los recurrentes no pueden pretender, expresa el Tribunal, que más allá de las prestaciones propias de la Seguridad Social en el Régimen General, los poderes públicos hayan de prestar también obligatoriamente cobertura a un conjunto de prestaciones adicionales que la Mutualidad ha incluido, voluntariamente, en sus estatutos, y que de acuerdo con lo que dispone el Real Decreto 1879/1978, quedan fuera del ámbito de la Seguridad Social, por no corresponderse con la acción protectora de ésta; al no incluirse ni en el Régimen General (cuyas prestaciones son sólo una parte de las efectuadas o a efectuar por la Mutualidad) ni, como también se indicó, en ninguno de sus regímenes especiales. La cobertura de los poderes públicos, pues, de carácter obligatorio, se reduce, en los términos de la normativa anterior a la Ley 44/1983, a las prestaciones correspondientes al Régimen General de la Seguridad Social, por lo que la exclusión de otro tipo de cobertura no es estimada por el Tribunal Constitucional como restrictiva de derechos (STC 65/1987, FJ 12).

artículo 9.3 de la Constitución<sup>289</sup>.

El Tribunal Constitucional escribe que el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que este se consigue como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca. De lo que se desprende que la Constitución establece como finalidad de la Seguridad Social la reducción o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes, suficiencia que se predica también específicamente de las pensiones (art. 50) (STC 65/1987, FJ 17). El legislador debe adaptarse a las circunstancias actuales de cada momento, en base al interés general, aunque ello implique la reducción de algunos intereses patrimoniales<sup>290</sup>.

En conclusión, y a juicio del Tribunal Constitucional, el art. 52 de la Ley 44/1983, no introduce, pues, una desigualdad, sino que suprime una desigualdad, carente ésta además de base normativa suficiente (STC 65/1987, FJ 18). La norma impugnada no supone la privación de unos derechos patrimoniales que sea contraria a las previsiones del artículo 33.3 de la Constitución puesto que el

---

<sup>289</sup> Antes de contestar al recurso el Tribunal Constitucional expone la configuración del sistema de Seguridad Social, y la naturaleza de sus prestaciones para ver si realmente se produce tal vulneración del derecho de propiedad. El Tribunal recuerda lo que ya dijo en la sentencia 103/1983, de 22 de noviembre: la Seguridad Social se ha convertido en una función del Estado (FJ 3). Además, también reconoce que el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias (STC 103/1983, FJ 4). Ahora bien debe aceptarse también, defiende el Tribunal, que en el sistema español actual, a pesar de que se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad -que habrán de ser precisadas en cada caso- implica que las prestaciones de la Seguridad Social, y entre ellas las pensiones de jubilación, no se presenten ya -y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas- como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual (STC 65/1987, FJ 17).

<sup>290</sup> Resumiendo, aun cuando en un sistema parcialmente de tipo contributivo no pueda excluirse una correlación entre contribuciones y prestaciones, las previsiones constitucionales suponen que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, situaciones que habrán de ser determinadas y apreciadas, sin duda, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello, informa el Tribunal, el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987, FJ 17).



artículo 52.1 de la Ley 44/1983 viene a incidir sobre una situación de hecho, no garantizada por el ordenamiento, sino opuesta a sus previsiones, y que por tanto no podía dar lugar a un derecho de carácter patrimonial a su mantenimiento, cuya privación deba ser objeto, como los recurrentes postulan, de indemnización. Por lo que el Tribunal Constitucional desestima que se dé la violación que se aduce del art. 33.3 de la Constitución (STC 65/1987, FJ 18). Por todo ello se desestimar el recurso interpuesto contra el art. 52 y la disposición adicional quinta de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre (STC 65/1987).

-Es una delimitación del derecho de propiedad conforme a la Constitución la norma que establece que los bienes de los entes locales que estén afectados a un servicio público o función pública no serán embargables, causando un perjuicio al acreedor; a pesar de que éste no es indemnizado y tal eficacia corre a cuenta suya. Sin embargo, los bienes que no estén destinados a un servicio o función pública no gozan de esa protección, y en este sentido, la ley es inconstitucional.

En los casos anteriores existía una relación contractual entre el Estado y los particulares de tipo laboral; los afectados por la regulación tenían una especial vinculación con éste, ejercían la función pública. Ahora, en el supuesto que se analiza aquí lo que ocurre es que la relación contractual que existe es de otro tipo. El contrato no es laboral sino que existe un contrato y a raíz de éste el particular se convierte en acreedor ante la administración pública porque aparece una Ley que permite a los ayuntamientos que pueden dejar de pagar sus créditos a los particulares en determinados casos. Como ya se vio en los capítulos anteriores esto es algo que los particulares deben "soportar" ya que éstos debían saber con quien estaban tratando y además se entiende que ya era bastante privilegio negociar con los poderes públicos (STC 166/1988)<sup>291</sup>. El Tribunal reconoce la constitucionalidad de la norma

---

<sup>291</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio trata sobre la ley que regula la imposibilidad de embargo haciendas locales por parte de los particulares. Ésta responde a una cuestión de inconstitucionalidad 2776/1990 en relación con los números 2 y 3 del artículo 154 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales que establece que ni pueden embargarse los bienes de la hacienda local que sean imprescindibles para sus funciones --"No se podrán embargar nada, bienes en general, de la Hacienda local, ni exigirle fianzas, ni depósitos ni cauciones a las entidades locales". Por otra parte la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de mediadas fiscales, administrativas y del orden social ha modificado el precepto y determina que no se embargaran bienes de la hacienda local menos en el caso de ejecución de hipotecas sobre bienes patrimoniales inmuebles no afectados directamente a la prestación de servicios públicos. En este caso lo que se cuestiona es la redacción originaria del precepto. La duda de inconstitucionalidad planteada por la AP de

por razones de eficacia administrativa, que por supuesto responden al interés general a pesar de que con ella se perjudica a unos determinados propietarios sin indemnización ni alternativa posible: los acreedores de la administración<sup>292</sup>. El Tribunal Constitucional utiliza, y otra vez más, el criterio de la razonabilidad y concluye que esta premisa, esta limitación hacia los derechos patrimoniales de los acreedores, no puede estar justificada en base a la prestación de servicios públicos: “Pues no está justificada en atención al principio de eficacia de la Administración Pública ni con base en el de la continuidad en la prestación de los servicios públicos” (STC 166/1998, FJ 12).

El Tribunal Constitucional respecto a la posible justificación de esta medida en relación a un derecho fundamental, el que recoge el 24.1 CE utiliza otro criterio: el de la proporcionalidad y manifiesta que esta norma tampoco es proporcional en relación a este derecho fundamental<sup>293</sup>. Lo que el Tribunal Constitucional sí afirma es que los poderes públicos tiene por lo menos, las mismas obligaciones que los particulares “De suerte que en lo que aquí en concreto interesa, desde el derecho común aplicable al tráfico privado y por exigencias de seguridad y buena fe inherentes al mismo, no está constitucionalmente justificado el excluir que los bienes pertenecientes al patrimonio de las Entidades locales, siempre que no estén materialmente afectados a un servicio público o función pública, respondan de las obligaciones contraídas por la Corporación local con los particulares y, en concreto, de las declaradas en una sentencia judicial. Pues en otro caso quedaría desvirtuada una de las finalidades esenciales del patrimonio de un sujeto y, correlativamente, afectado el tráfico privado en el que ha participado la Corporación al contraer la deuda pecuniaria en posición de paridad con un particular” (STC 166/1998, FJ 13).

---

Burgos se proyecta pues, sobre dos de los privilegios que protegen a la Administración, en este caso a la Administración local y, más concretamente a los municipios.

<sup>292</sup> Exactamente el Tribunal Constitucional escribe que “... el régimen general de pago previsto en el art. 154.4 Ley de Haciendas Locales no garantiza, por sí solo, que la Entidad local deudora cumpla con el mandato judicial, pudiendo posponer o diferir la ejecución de la sentencia y quedando así insatisfecho el derecho de crédito del particular acreedor” (STC 166/1998, FJ 12) con lo cual el Tribunal Constitucional concluye: “por lo que la inembargabilidad establecida en el art. 154.2 Ley de las Haciendas Locales, en la medida en que se extiende a “los bienes en general de la Hacienda local” y comprende los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o servicio público, no puede considerarse razonable desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que el art. 24.1 CE reconoce y garantiza” (STC 166/1998, FJ 12).

<sup>293</sup> Vid.: FJ 12: “Ni tampoco puede considerarse proporcionada en atención a la generalidad con que se ha configurado este obstáculo o limitación al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, excediendo así notoriamente las finalidades que la justifican” (STC 166/1998, FJ 12).