



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.

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).

I. 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.

In no other country in the world is the love of property keener or more alert than in the United States, and nowhere else does the majority display less inclination toward doctrines which in any way threaten the way property is owned.

Alexis De Tocqueville

(i) *Los tests tradicionales norteamericanos y la era Lochner.*

La jurisprudencia sobre propiedad y expropiación en Estados Unidos parte de una concepción del Estado no intervencionista¹. Así, en el caso *Lochner* (*Lochner v. New York*, US (1903)), se prohíbe la intervención estatal aunque sea para proteger a los más débiles². Por fortuna, esta postura doctrinal cambia y las teorías norteamericanas diseñadas por la jurisprudencia y la literatura son realmente un punto de referencia³. En 1922, Justice Holmes establece una tesis que condiciona a generaciones de juristas cuando escribe su famosa frase: “*while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking*” (*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, US (1922)). La dificultad en determinar los casos que no implican nada que se parezca a una invasión física o un *trespass*, una servidumbre, justo cuando es demasiado lejos (*just how far is “too far”*) ha, previsiblemente, plagado la Corte Suprema con casos durante décadas, y el intento de diferenciar “*regulation*”, de “*takings*” ha acabado siendo, como dice Haar: “el más obsesionante problema jurisprudencial en el campo del derecho contemporáneo del *land-use* (derecho urbanístico) ... un problema tal para los juristas que puede equipararse a la búsqueda del cuark que llevan a cabo los físicos” (1989: 766)⁴ (“*The difficulty of determining, in cases involving nothing like physical invasion or trespass, just how far is “too far” has predictably plagued the Court over six decades, and the attempt to differentiate “regulation” from “taking” has become “the most haunting jurisprudential problem in the field of contemporary land-use law ... one that may be the lawyer’s equivalent of the physicist’s hunt for the quark*” (Haar, 1989: 766)).

El punto de partida de los *regulatory takings* es pues *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, US (1922)

⁵. En este caso se asienta que una regulación va demasiado lejos y por lo tanto constituye un *comensable taking* si se priva al propietario de tal esencial valor de la propiedad como un derecho a

¹ D. Kennedy (Duncan), “Law-and-Economic Constitution from the Perspective of Critical Legal Studies” en P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economic Constitution and the Law*, vol. 2. (Nueva York, USA: Stockton, 1998).

² Vid.: C. R. Sunstein, “Lochner’s Legacy”, *Colum. L. Rev.* 87 (1987) 873-ss; y S. A. Siegel, “Lochner Era Jurisprudence and the American Constitutional Tradition”, *N.C. L. Rev.* 70 (1991) 1-ss.

³ D. Kennedy (Duncan), “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harvard Law Review* 89 (1976) 1685.

⁴ C. M. Haar y M.A. Wolf, *Land-Use Planning* (Aspen, USA: Aspen Law & Business, 1989).

⁵ F. Michelman, “Takings” *Colum. L. Rev.* 88 (1988) 1600-ss.

excluir *trespassers* (servidumbres). Esto es lo que se asienta también en *Kaiser v. Aetna v. United States*, US (1979) y en *Webb's Fabulous Pharmacies, Inc. v. Beckwith*, US (1980) dónde también se considera que la ley que no permite recoger intereses va demasiado lejos. Del mismo modo se ha analizado la regulación del Congreso que se discute en *Hodel v. Irving*, US (1987) --que estudia el derecho a transmitir propiedad a los herederos a través de descendencia o *devise* cuando esta es invalidada por considerarse un *uncompensable taking*, cuando queda abolido el derecho de los descendientes o *devise of individed fractional interests* en ciertas tierras indias, cuando tal abolición se extiende a situaciones en las cuales el objetivo gubernamental que se quiere conseguir – consolidar la propiedad de las tierras indias --no entrarían en conflicto con los futuros descendientes de la propiedad; lo que implica que el valor de la propiedad retenida a lo largo de la vida, y podrá convertirse a través de una transmisión *inter vivos*, por lo cual se declaró inmaterial reclamar que tal regulación pudiera considerarse un *taking*.

La cláusula de la propiedad en Estados Unidos está recogida en la Quinta (1791) y en la Decimocuarta Enmienda (1868) de la Constitución de 1787. También las constituciones de los estados recogen provisiones similares⁶. La cláusula de la propiedad se recoge en la Quinta Enmienda junto a la Decimocuarta y contiene dos partes, normalmente referidas como la “*Due Process Clause*” y la “*Takings Clause*” respectivamente⁷. La cláusula del *due process* (proceso debido)⁸ establece que nadie puede ser privado de su propiedad sin un *due process of law*, sin un proceso debido, y la *takings clause*⁹ dispone que la propiedad no puede ser extraída sin indemnización. Como ya apuntamos, además,

⁶ Vid.: S.E. Finer, V. Bogdanor y B. Rudden, *Comparing Constitutions* (Oxford, UK: Clarendon Press, 1995).

⁷ La distinción entre la *due process clause* y la *takings clause* no debe confundirse con la distinción entre el *police power* y el *power of eminent domain*. Éste último linda, aunque no coincide, con la distinción entre limitaciones y expropiaciones de la propiedad en otras cláusulas constitucionales sobre la propiedad. Esta distinción entre limitaciones y expropiaciones es similar a la distinción que existe entre el art. 14.2 y el 14.3 de la LFB en Alemania. En Estados Unidos, tales distinciones vienen enturbiadas por el hecho de que el *due process requirement* se aplica a las limitaciones por regulación e igualmente a las deprivaciones de la propiedad resultado de una expropiación. Así, ciertos ejercicios del *police power* (del poder de regular, de legislar) alcanzan la categoría de “*regulatory takings*” y deben, por lo tanto ser compensados, tal y como ocurre con la estrecha categoría de expropiaciones de título (A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999) 399).

⁸ La cláusula del *due process* se aplica a otros derechos reconocidos constitucionalmente aparte de al derecho de propiedad. Aquí se hablará sólo de lo que hagan referencia al derecho de propiedad.

⁹ Recordamos que el término *taking* es más amplio que el de expropiación o el de “*compulsary acquisition*”. En el derecho norteamericano “*expropriation*” es un término restringido que se usa solamente para las extracciones permanentes de un título patrimonial, mientras que “*taking*” incluye a las expropiaciones y a los *regulatory takings*.

desde el caso *Chicago Burlington and Quincy Railroad Co v. City of Chicago* (166 US 226 (1897)), la Corte Suprema interpreta que la Quinta Enmienda debe leerse en concordancia con la Decimocuarta, y que ello implica que una extracción de la propiedad (*a taking of property*) que no vaya acompañada de un pago compensatorio violará la *due process of law*, de proceso debido, tal y como se requiere en la Decimocuarta Enmienda. Esta decisión así aseguró que las garantías de los *takings* así como del *due process* obliguen no sólo a los gobiernos estatales sino también al federal (Singer, 1993: 1174-1175)¹⁰. Desde entonces, la jurisprudencia constitucional norteamericana ha debatido sobre el fenómeno de los *takings* en relación a la propiedad creando una doctrina alrededor de ésta extensa y continúa que la mayoría de autores denominan “*takings issue*” o “*takings jurisprudence*”¹¹. A partir de la sentencia *Pennsylvania Coal Co v. Mahon* (260 US 393 (1922))¹², la doctrina y la jurisprudencia incluso se refieren a la “*takings logic*”¹³.

Ésta decisión, ni que para algunos pueda parecer, de entrada, el *leading case* que permite la protección de situaciones patrimoniales exageradas y más cercanas a una idea republicana y liberal—del partido republicano norteamericano, me refiero—, que lo es, también es un caso en el que se reconoce un límite a las sentencias hasta entonces todavía más liberales que *Mahon*, en las que se veía cualquier regulación como un límite inconstitucional a la libertad de contratar o al derecho de propiedad. Hasta entonces, como veremos, si un estado, como el de Nueva York, imponía un límite de horas a los trabajadores, a los panaderos, por ejemplo, ello se veía como una intrusión inconstitucional al derecho de contratar, proteccionista, no amparada por la Constitución. *Pennsylvania Coal Co v. Mahon* (1922)

¹⁰ J. W. Singer, *Property Law, Rules and Practices* (Boston, USA: Little, Brown & Co., 1993). Véan también: Fisher (1991: 335) y Paul (1988: 76-79) (W.W. Fisher, “The Development of Modern American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights”, en M.J. Lacey y K. Haakonssen (eds.), *A Culture of Rights: The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law -1791 and 1991*, (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1991), 266-365; y E. F. Paul, *Property Rights and Eminent Domain* (Oxford, UK: Transaction Books, 1988)).

¹¹ Ellen Frankel Paul define el *takings issue* como “*the heart of what is interesting about [the power of eminent domain and the police power]*” en los siguientes términos: “*When does a police power regulation become so onerous that its purpose could be constitutionally accomplished only by the exercise of the eminent power?*” (Paul, 1988: 5).

¹² “[W]hile property may be regulated to a certain extent, if regularity 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))).

¹³ En este caso la Corte Suprema aplica la siguiente norma: En determinados casos, si la regulación, la delimitación, del derecho de propiedad privada se excede en sus limitaciones, estaremos ante una expropiación. 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. O lo que es lo mismo, cuándo estamos ante un *regulatory taking*.

a pesar de ser una decisión problemática, por lo menos, reconoce que el estado tiene unos poderes amplios (*police powers*) para regular el uso de la propiedad en beneficio del interés público (*public interest*). La decisión confirma una corriente doctrinal que venía defendiendo que existe una legitimidad constitucional hacia un poder para regular la propiedad que con los años, y más después del crack del veintinueve, este poder es ampliado por los estados y en la doctrina constitucional.

El *dictum* de esta decisión coloca el poder de regular en el marco de la *taking clause* explicando la diferencia entre regulación y *taking* desde términos dinámicos y no desde un marco estático conceptual. La consecuencia es que la jurisprudencia posterior acaba girando entrono a la cuestión, ya planteada en *Mahon*, de cuándo una regulación va demasiado lejos y debe considerarse un *taking*.

En los setenta, la Corte Suprema confirma ésta adhesión a un test contextual abierto en *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (483 US 104 (1978)) cuando afirma que esta cuestión debe resolverse caso por caso. Sin, embargo, no siempre se sigue este test sensible al contexto, *ad hoc*, y así en casos como *Loreto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp* (458 US 419 (1982)) y *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (505 US 1003 (1992)), en plena *era Regan*, este criterio es abandonado como se verá.

La misma Corte Suprema 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 *regularoty taking*. Aunque, insistimos, no existe una solución única¹⁴ para determinar quién debe acabar pagando el precio del desarrollo¹⁵.

La evolución y clasificación de la jurisprudencia norteamericana, a diferencia de la española, se basa en la aparición de distintas teorías a lo largo del tiempo que van añadiéndose a las anteriores; mientras que en España, si bien hasta cierto punto esto también ocurre, lo que sobresale de la jurisprudencia española sobre propiedad y expropiación es que ésta se diferencia mucho más en base al objeto sobre el que recaiga el derecho de propiedad. En Estados Unidos existe un debate importante

¹⁴ F. Michelman, "Takings" *Colum. L. Rev.* 88 (1988) 1600-ss.

¹⁵ D. Kennedy (Duncan), "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review* 89 (1976) 1685.

sobre los *regulatory takings* – en el que participan sobre todo dos escuelas pertenecientes básicamente a dos universidades (la Universidad de Chicago, con Posner¹⁶, Sax¹⁷, Epstein¹⁸, y Coase¹⁹ a la cabeza; y la Universidad de Harvard, liderada, en éstas discusiones, por Michelman²⁰ y Duncan Kennedy²¹). Por supuesto, pueden inscribirse a cada una de estas escuelas muchos otros profesores igualmente relevantes pertenecientes a otras Universidades bien diversas, pero quizás son estos, resumiendo mucho, los autores más relevantes.

En el caso *Lochner v. New York*, US (1903), se considera excesiva una regulación que pretende beneficiar a los trabajadores²². En cuanto a los derechos patrimoniales, que después es olvidado durante la era *Lochner*, es *Munn v. Illinois*, US (1877). En este supuesto de finales del dieciocho la Corte Suprema rechaza un ataque contra una ley estatal que regula los ascensores para el grano. El Juez en Cabo (Chief Justice) Waite, exponiendo la opinión de la Corte enfatiza que el poder político incluye la regulación del uso individual de la propiedad, siempre y cuando, la regulación resulte necesaria para el bien público. La Corte se basa en escritos del siglo diecisiete (Sullivan, 2001: 456)²³ para concluir que la propiedad privada puede verse regulada cuando sea “afectada por un interés público” y ésta se convierte “en un interés público cuando se use de manera que provoque una consecuencia pública y afecte a la vasta comunidad”. Así, entendió que los propietarios de tales negocios encajaban dentro de esta categoría, a pesar de manifestar la preocupación de que este poder político para regular podía verse abusado. Este poder se entendió excesivo en *Lochner*.

¹⁶ R. A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1990).

¹⁷ J. L. Sax, “Property Rights and the Economy of Nature: Understanding *Lucas v. South Carolina Coastal Council*”, *Stan. L. Rev.* 45 (1993) 1433-1456; J. L. Sax, “Takings, Private Property and Public Rights”, *Yale L.J.* 81 (1971) 149-ss; y J. L. Sax, “Takings and the Police Power”, *Yale L.J.* 74 (1964) 36-ss.

¹⁸ R. A. Epstein, “The Last Word on Eminent Domain”, *U. Miami L. Rev.* 41 (1986) 253-ss y R. A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985).

¹⁹ R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *J.L. & Econ.* 3 (1960) 1-ss.

²⁰ F. I. Michelman, “Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property” *Iowa. L. Rev.* 72 (1987) 1319-1350.

²¹ D. Kennedy (David), et al., “Critical Legal Theory”, en S. Tiefenbrun (ed.), *Law and the Arts*, (Westport, USA: Greenwood, 1999).

²² Vid.: C. R. Sunstein, “*Lochner's* Legacy”, *Colum. L. Rev.* 87 (1987) 873-ss; y S. A. Siegel, “*Lochner* Era Jurisprudence and the American Constitutional Tradition”, *N.C. L. Rev.* 70 (1991) 1-ss.

En 1905, la Corte Suprema en la famosa decisión *Lochner v. New York*, US (1903), que marca una era, anula una ley de Nueva York en la que se establece un máximo de horas de trabajo para los panaderos²⁴. Esta decisión simboliza el origen de la cláusula del proceso debido (el *due process clause*) como protección de los derechos económicos y del derecho de propiedad (Sullivan, 1989: 1415)²⁵. La Ley concretamente prohíbe el empleo en las panaderías de sus trabajadores por más de diez horas al día y nunca por más de un total de sesenta horas a la semana. El Sr. Lochner permite que un empleado suyo trabaje en su panadería por más de sesenta horas durante una semana y es sancionado, bajo la Ley laboral estatal del estado de Nueva York. El Sr. Lochner recurre el caso y la Ley es anulada bajo la siguiente premisa: Para que el poder del estado en crear políticas (el *state's police power*) sea apropiado, una ley debe tener una relación directa con su fin, y este fin debe adecuarse a un objetivo apropiado y legítimo del estado. En este caso se considera que no existe tal directa relación.

Desde la decisión *Lochner*, en 1905, hasta los años treinta, la Corte Suprema, partiendo de lo establecido en *Lochner*, invalida un número considerable de leyes en base al substantive *due process*, leyes como las que fijan un salario mínimo, un horario para las mujeres²⁶, precios, y leyes regulando actividades comerciales (Sunstein, 1987: 873)²⁷. Al final, durante la era *Lochner* las pocas leyes que fueron reconocidas válidas fueron las que podían afectar a los consumidores o a la salud pública. Ejemplo de ello es *Weaver v. Palmer Bros. Co.*, US (1926) en que la Corte sostuvo la ley que limitaba los elementos que podían formar parte del relleno de un colchón para así evitar infecciones y se estableció que en todo caso éstos debían ser esterilizados y descritos en la etiqueta (Struve, 1967: 1463)²⁸.

²³ K.L. Sullivan y G. Gunther, *Constitutional Law*, 14ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 2001).

²⁴ La decisión *Lochner* se toma a pesar de que en 1898 la Corte Suprema había mantenido una ley de Utah que limitaba las horas de trabajo de los mineros a ocho horas al día (*Holden v. Hardy*, US (1898)).

²⁵ K.L. Sullivan, "Unconstitutional Conditions", *Harv. L. Rev.* 102 (1989) 1415-ss.

²⁶ En *Muller v. Oregon*, US (1908) la Corte mantiene una ley de Oregon que establece que ninguna mujer puede ser empleada en una fábrica o lavandería por más de diez horas al día. Aunque la Corte, como se puede observar no sigue fielmente a *Lochner*, en realidad confirma esa sentencia ya que sostiene la Ley en base a que "existe una diferencia inherente entre ambos sexos" que justifica "una diferencia en la legislación".

²⁷ C. R. Sunstein, "Lochner's Legacy", *Colum. L. Rev.* 87 (1987) 873-ss.

²⁸ J. Struve, "The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process", *Harv.L.Rev* 39 (1967) 1467-ss.

(ii) *La era moderna y algunas preguntas que se plantean a partir de Lochner en cuanto a los fines del legislador.*

Con el fin de la era Lochner (*Lochner v. New York*, US (1903)), se inicia una búsqueda de métodos alternativos “para proteger a los individuos de la opresión mayoritaria”. Existen dos tipos de restricciones contra el poder del *government* que surgen con anterioridad a la era Lochner, y que persisten y sobreviven a ésta. La primera se expresa a través de las cláusulas *ex post facto* (*ex post facto clauses*), las *bill of attainder clauses* y lo que se conoce con el nombre de *the procedural due process requirement*. Ésta exige regularidad (*regularity*) en la aplicación del poder gubernamental sobre los particulares. El otro tipo de restricción, Tribe la denomina *the norm of repose*, del reposo. En este caso los poderes públicos deben respetar los derechos adquiridos, lo que se conoce en Estados Unidos como *vested rights*; derechos adquiridos en cuanto a los contratos y en relación a la propiedad. Así, ciertas expectativas asentadas deben asegurarse frente a las intervenciones públicas, y si no por lo menos debe garantizarse una compensación (Tribe, 1988: 587)²⁹.

Ya desde 1803, desde la argumentación del Juez Marshall (*Chief Justice*) en la celeberrima sentencia *Marbury v. Madison* (1803), el sistema judicial americano establece que ciertas reclamaciones sobre derechos adquiridos deben defenderse frente a la posible destrucción por parte del *government* si estas exigencias son de carácter abstracto y se basan en disposiciones positivas y no en derecho natural o en derecho de dominio personal basadas en la costumbre sobre recursos físicos. Fué el mismo *Marbury* el que escribió, en la misma sentencia, que los derechos “legales” debían ser considerados derechos adquiridos, y a consecuencia de ello la Corte determinó, en el *dictum* – todo tiene que decirse que la *rule of law* (el imperio de la Ley) que asegura derechos adquiridos, vincula incluso al ejecutivo (al *Chief Executive*). A partir de entonces, aparecen tres decisiones clave que acaban de confirmar ésta noción básica en el derecho constitucional actual sobre los derechos adquiridos: *Fletcher v. Peck*, US (1810) y *Terrett v. Taylor*, US (1815) que garantizan intereses en relación al suelo; y

²⁹ L.H. Tribe, *American Constitutional Law* 2^a ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 1988).

Darmouth College v. Woodward, US (1819), que vela por intereses más abstractos como lo son algunos de carácter corporativo³⁰.

A principios del siglo diecinueve la Corte Suprema estaba más preocupada en definir los derechos económicos adquiridos y en defenderlos en nombre de los derechos fundamentales que en localizarlos en una cláusula concreta de la Constitución. Los razonamientos de la Corte entonces se basaban en la cláusula contractual (*contract clause*) del artículo primero, sección décima, y en la prohibición de la quinta enmienda que prohíbe las expropiaciones de propiedad sin compensación. Estas dos disposiciones, aunque no son las únicas, son la base de las expectativas económicas asentadas en el derecho norteamericano (Tribe, 1988: 588).

La Corte Suprema moderna, después de la era *Lochner*, de 1930, mantiene haber olvidado ya la doctrina *Lochner* y que con ello ha abandonado la aplicación del *strict scrutiny* en casi todas las áreas económicas, también en relación a la propiedad, pero ha mantenido y aumentado la intervención respecto a las libertades no económicas. Esto como se verá más adelante, en decisiones recientes de la Corte Suprema, no ha sido del todo cierto. Además, no sólo se anularon regulaciones económicas con la era *Lochner*. Durante esta época esta doctrina forma la base para absorber derechos como aquellos de la primera enmienda (sobre todo la libertad de expresión) dentro del concepto de libertad de la decimocuarta enmienda. *Lochner* asimismo ayudó a justificar otros derechos no económicos como el derecho a enseñar en una lengua extranjera (*Meyers v. Nebraska*, US (1930)) o el de control de los embarazos (*Griswold v. Connecticut*, US (1965)). El derecho a contratar, de contrato (*the right to contract*) defendido en *Lochner* más tarde no sólo se vincula a la “libertad”, como en *Lochner*, sino también a la “propiedad” y esto se ve materializado en el caso *Coppage v. Kansas*, US (1915) a pesar de que éste sea un caso sobre el derecho de asociación³¹ (Sullivan, 2001: 464) en el que se cuestionan los “*Yellow dog contracts*” (los contratos en los que se obliga al trabajador a renunciar a afiliarse a un

³⁰ Vid.: B. Smith, “Retroactive Laws and Vested Rights”, *Tex. L. Rev.* 5 (1927) 231-ss; y C. R. Sunstein, “Naked Preferences and the Constitution”, *Colum. L. Rev.* 84 (1984) 1689-ss.

³¹ En este caso *Coppage* había sido condenado bajo la ley de Kansas que prohibía a los empresarios requerir a sus trabajadores que se avinieran a no pertenecer a ningún sindicato laboral. La Corte, en una decisión expuesta por el juez Pitney, anula la ley por considerar que viola la cláusula del derecho del *due process* y en relación a ésta, y asimismo, el derecho de propiedad.

sindicato³².

A partir de *Lochner* se plantean cuestiones importantes respecto al desarrollo, quién debe pagarlo, la intervención del *government* y la propiedad privada. Preguntas cómo: ¿Por qué el paternalismo y la distribución deben examinarse en vez de considerarse fines gubernamentales legítimos? (Sullivan, 2001: 465). El Juez Holmes en su *dissenting* en *Coppage*, tal y como ya había disentido en *Lochner*, expone que el poder político, de emprender políticas, de intervención por parte del *government* (*police power*), puede utilizarse para “establecer la igualdad de posiciones entre las partes a partir de la cuál la libertad contractual puede empezar”. Asimismo Holmes, también disintiendo, en *Lochner* recuerda que la Constitución “no intenta englobar una teoría económica particular, ni paternalista y de relaciones orgánicas del ciudadano con el Estado, ni de *laissez faire*”. “¿Cometió un error la Corte Suprema en *Lochner* al suponer que los derechos contractuales eran prepolíticos y por lo tanto ajenos a una intervención política del *government*?” (Sullivan, 2001: 465). Si la distribución de bienestar y renta es el producto de una acción *pregubernamental* con el fin de crear mercados y su protección a través de la legislación de propiedad y contractual, entonces, ¿Cómo puede afirmarse que cualquier distribución ya existente es irreduciblemente privada y no susceptible de redistribución en base al interés público? (Sunstein, 1984: 465³³ y Tribe, 1988: 574-578³⁴).

Esto lo responde ya la Corte en el caso *West Coast Hotel Co, v. Oarrish*, US (1937), en el que una decisión cinco a cuatro rechaza la anterior decisión *Adkins* y sostiene una ley que fija un salario mínimo para las mujeres. Pero lo destacado de esta decisión son sus argumentaciones. En ella el Juez Hughes, (*Chief Justice*), exponiendo la opinión mayoritaria de la Corte dispone que “la violación del *due process* alegado por aquellos que atacan la regulación que establece un salario mínimo para las mujeres basándose en la libertad contractual están equivocados. ¿Qué es la libertad? La Constitución no habla de libertad contractual. La Constitución habla de libertad y prohíbe la privación de libertad sin el proceso debido. Al prohibir tal privación la Constitución no está reconociendo en absoluto una

³² Para ello se basa en la decisión *Adair v. United States*, US (1908) en la que se consideró inconstitucional, bajo la *due process clause* de la quinta enmienda, una ley federal que prohibía los “*yell ow dog contracts*”.

³³ C. R. Sunstein, “Naked Preferences and the Constitution”, *Colum. L. Rev.* 84 (1984) 1689-ss.

³⁴ L.H. Tribe, *American Constitutional Law* 2ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 1988).

libertad incontrolable ... El legislador está legitimado para considerar que las mujeres están dentro de la clase que recibe menos salario, que su poder de negociación es relativamente bajo, ... El legislador está legitimado para adoptar medidas que reduzcan los daños del “*sweting system*” (sitio explotador), la explotación de trabajadores con unos salarios tan bajos que son insuficientes para sufragar el coste de vivir...”. Como opina Katherine Sullivan, la Decana de Stanford, el *New Deal*, a pesar de que no siempre triunfó, acabó calando en la jurisprudencia de la Corte Suprema (2001, 475).

Debe apuntarse, como se verá más adelante, que la Corte Suprema expresa que qué debe entenderse por *demasiado lejos* debe decidirse *ad hoc*, caso por caso, ya que como apuntan Tribe y Michelman, ninguno de los criterios generales extraídos de los precedentes pueden considerarse un test efectivo, verdadero y definitivo para discernir cuando el *government* ha cruzado la línea. Aunque ni siquiera un análisis caso por caso tiene ningún sentido a menos que una especifique sobre qué va a girar ese análisis y porqué se construye (Tribe, 1988: 591-592 y Michelman, 1988: 1600).

Que se decide caso por caso está más que claro, ya que como se sabe meros matices pueden cambiar el resultado de la sentencia completamente. Así, a diferencia de lo que ocurría en *Pennsylvania Coal*, en *Keystone Bituminous Coal Assn. v. DeBenedictis*, US (1987) el resultado es bien diferente. En *Keystone* también se discute sobre una ley del estado de Pennsylvania que establece importantes límites en las minas de carbón pero aquí la Corte Suprema distingue este caso del anterior, del *Pennsylvania Coal v. Mahon*, precisando que este último, el caso *Mahon*, se trataba de un supuesto en el que la legislación estatal dejaba a una de las partes sin ninguna posibilidad de llevar a cabo su actividad económica de manera provechosa. En el caso *Keystone*, por contra, apuntó la Corte Suprema, los recurrentes no mencionaron ni una sola mina que debido a la Ley dejara de ser provechosa (*Justice Stevens* expresó escribiendo la opinión de la mayoría de la Corte: “[*claimants*] have not even pointed to a single mine that can no longer be mined for profit” *Keystone Bituminous Coal Assn. v. DeBenedictis*, US (1987) 1248). Asimismo la Corte distinguió la ley impugnada en *Keystone* en base a que – a diferencia de la Ley *Kohler* impugnada en el caso *Pennsylvania Coal* – la del *Keystone* sí tenía un fin público válido e indisputable: conservar, asegurar y preservar el terreno con el fin de garantizar la tasación y fiscalización de éstos, así como preservar el desagüe del agua de la superficie.

La Corte Suprema norteamericana ha construido una serie de teorías, que se conocen por los *tests tradicionales*, con el fin de identificar aquellas acciones del *government* que constituirá y se

considerarán expropiación *indemnizables* de la propiedad. Nos referimos a los tests de la invasión física, el de la destrucción del valor y el del uso inocente (Tribe. 1988: 592). Todos ellos se analizan a continuación, así como los matices que se han introducido en decisiones recientes.

(iii) *Las decisiones que cambian Lochner.*

En los años treinta la Corte Suprema se aleja de la doctrina *Lochner*, de la utilización de un escrutinio estricto (*strict scrutiny*), en el enjuiciamiento de las regulaciones económicas, incluida la regulación de la propiedad. La Corte incluso reconoce que, siempre y cuando se haga en base a la oportunidad y las medidas sean apropiadas, el estado puede regular un negocio en todos los aspectos, incluso puede fijar los precios (*Nebbia v. New York*, US (1934))³⁵; y más adelante dispone que la cláusula del proceso debido³⁶ no se usará más con el fin de anular legislación estatal que regule las condiciones de un negocio o de una industria porque éstas sea poco audaces (*unwise*), inoportunas, o en desacuerdo con una escuela particular de pensamiento (*Williamson v. Lee Optical Co*, US (1955))³⁷. Finalmente la Corte Suprema dispone que la propiedad queda protegida por la quinta enmienda (la cláusula de la expropiación, *taking clause*) si existe una regulación que va demasiado lejos (*Pennsylvania Coal Co v. Maon* (1922)).

Así pues, *Nebbia* y *Williamson* constituyen los dos casos básicos a partir de los cuales la Corte Suprema deja el análisis del *strict scrutiny* para las normas que regulen derechos económicos. En *Nebbia v. New York*, US (1934) lo que ocurre es que en 1933, el estado de Nueva York (el recurrido) establece una Comisión de Control de la Leche (*Milk Control Board*). La Comisión tiene el poder de

³⁵ En *Nebbia* se resuelve un recurso que presenta un tendero cuando éste es sancionado por disminuir el precio de la leche cuando debía atenerse a una prohibición estatal de hacerlo.

³⁶ Con lo cual ya no se utilizará ampliamente el concepto de libertad recogido en la decimocuarta enmienda (Sullivan, 2001: 463).

³⁷ En cuanto a la capacidad del legislador para regular vean: L.H. Tribe, "Advanced Constitutional Law: The Court and the Constitution at the Turn of the Millennium" (Class Lectures Materials, Harvard Law School, 2001-2002) y en concreto el apartado: "Circularity. A. The Downward Spiral of Settled Expectations: "Your Constitutional Rights are What the Legislature Says They Are!"".

fijar los precios mínimos y máximos de venta al detalle de la leche y ésta acaba fijando el precio de nueve céntimos de dólar por cuarto de galón. *Nebbia*, el propietario de una tienda, cobró menos de la cuenta. Cuando es sancionado por la Comisión recurre la norma alegando que vulnera sus derechos económicos, su derecho de uso de la propiedad, y el derecho a contratar, entendiendo que todos ellos deben quedar libres de la intervención estatal. La Corte Suprema manifiesta que mientras las normas sean oportunas, el estado puede regular los negocios privados, y más teniendo en cuenta que la leche es un bien escaso e importante para la salud. En este caso la Corte Suprema ya no aplica el *strict scrutiny* para enjuiciar la norma como había hecho hasta entonces (desde el caso *Lochner*), a pesar de que la Corte reconoce que la norma no se adecua racionalmente a su fin. *Nebbia* representa el inicio de la posición moderna en la que la Corte parte siempre de la presunción de que una ley es apropiada.

En *Williamson v. Lee Optical Co.*, US (1955) la Corte todavía va más lejos y cuando una ley estatal prohíbe a cualquier persona que no sea un oftalmólogo o un óptico fijar o duplicar gafas o examinar los ojos y ésta es recurrida dispone que la cláusula del proceso debido no puede utilizarse más para anular leyes estatales que regulen las condiciones de negocios o industrias porque, por más que sean poco oportunas. La Corte Suprema opina que en todo caso la oportunidad de estas leyes debe decidirla las urnas. Desde entonces la cláusula del *due process* ya no se emplea casi nunca más³⁸ para evaluar los derechos “fundamentales” económicos, tampoco los patrimoniales (Sullivan, 2001: 451). El concepto de libertad ya no lo justifica tal y como había ocurrido hasta entonces (Warren, 1926: 431)³⁹.

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

³⁸ Aunque sí existe un caso controvertido, decidido 5-4, en 1998 que vuelve a la cláusula del *due process* para analizar las limitaciones al derecho de propiedad, a pesar de que la minoría opina que estamos ante un *regulatory taking*. Este caso, *Eastern Enterprises v. Apfel*, US (1998), se expone en el apartado sobre *regulatory takings*.

³⁹ J. Warren, “The New ‘Liberty’ Under the Fourteenth Amendment” *Harv.L.Rev* 39 (1926) 431-ss.

AÑOS OCHENTA (INVASIONES PERMANENTES Y TEMPORALES Y DERECHO DE EXCLUSIÓN).

Un caso claro de expropiación, a los ojos de un hombre medio (layman) es aquél en el que se produce una invasión física; si ésta se da, estaremos ante una expropiación (Tribe, 1988: 592).

(iv) *La teoría del physical take over per se. La diferencia entre invasiones físicas permanentes e invasiones físicas temporales.*

Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp, US (1982) es el caso más célebre en que se aplica la teoría del *physical takeover* – de la invasión física-- para determinar que estamos ante una expropiación. El supuesto es singular ya que la Corte Suprema decide que estamos ante una expropiación porque se ha producido una invasión física permanente sin tener para nada en cuenta el tamaño de tal invasión. En realidad sólo se pretendía instalar unos cables en el tejado de las casas, sin la más mínima importancia, pero como que la Corte Suprema estimó que había invasión física se consideró expropiación. Si este caso se estudiara aisladamente podría tener su sentido; pero desde luego, lo pierde del todo si se compara con otros en que el propietario ya no puede construir frente al mar, cuando dispone de unos ricos terrenos --desde el punto de vista urbanístico claro está-- sin que se le otorgue indemnización. Si se mira desde una perspectiva económica esto no tendría sentido, pero la teoría de la *physical invasion* se basa en esto: si se da invasión física permanente, ni que se invada tan sólo con un cable, estamos ante una expropiación y si no no.

En *Loretto* la Corte Suprema determina que estamos ante una expropiación *indemnizable* (*compensable taking*) cuando la ciudad requiere a los caseros que permitan la instalación de cables de televisión. *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp*, US (1982) destaca por su razonamiento extremo, a nuestro entender. Antes de 1973, las compañías de televisión por cable (CATV), como Teleprompter, daban a los caseros un 5% del grosor de las ganancias provenientes de los usuarios que vivían en su propiedad a cambio de la autorización que da el casero para que CATV realice las instalaciones pertinentes. Con el fin de permitir a los inquilinos el acceso a esta herramienta “educacional y beneficiosa para la comunidad” como lo es la CATV, Nueva York aprueba una ley

requiriendo a todos los arrendadores permitir la instalación de los cables de CATV a cambio de la tasa de un dólar. El dueño no tendrá que soportar el precio de los costes de la instalación ni del mantenimiento y además puede requerir ciertos requisitos para la instalación para que ésta respete la estética y la seguridad del edificio y tiene el derecho a ser indemnizado, por parte de CATV, por cualquier daño que le cause debido a su instalación, operación o retiro de los servicios de CATV. Cuando un casero insatisfecho requiere una tasa más alta para tal instalación lleva a Teleprompter ante los tribunales por intrusión. En *Loretto* se dice que se aplica la teoría de la invasión física en sí misma, sin tener en cuenta otros elementos.

La Corte Suprema abandona el enfoque empleado hasta el momento, el sistema *ad hoc*, y pasa al sistema de lo que ella misma denomina, *per se rule*. Así, una invasión física permanente autorizada por el *government* es un *compensable taking* – una expropiación que debe indemnizarse--, por más que existan intereses públicos que lo justifiquen. Es decir, se aplica el test de la invasión física en abstracto: si hay invasión física y ésta es permanente, hay expropiación. Entonces, no se tienen en cuenta los hechos del caso concreto, como que un pequeño cable en un enorme edificio no es nada. Tribe (1988: 602)⁴⁰ y Michelman (1987: 1338)⁴¹ escriben que si se hubiese hecho un test *ad hoc*, desde luego, un cable en un gran edificio no se hubiera considerado expropiación y más cuando el recurrente está reclamando una indemnización en base a que cree que esto de la instalación de cables puede ser un negocio para él. En *Loretto* no se tiene en cuenta ni el tamaño de la invasión ni que se realice en base a un interés público.

La Corte en *Loretto* defiende que estamos ante una *taking* basándose (433 [7]) --en referencia a *Kaiser Aetna v. United States* (444 US 164 (1979))-- en la idea de que una ocupación de la propiedad vulnera el derecho del propietario a excluir a terceros, que en su opinión, es uno de los elementos más fundamentales del conjunto de derecho que forma la propiedad constitucional. Si no se protege a la propiedad de pequeñas invasiones permanentes, lo que acabará pasando, teme la Corte, es que se acabe

⁴⁰ L.H. Tribe, *American Constitutional Law* 2ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 1988).

⁴¹ F. I. Michelman, "Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property" *Iowa. L. Rev.* 72 (1987) 1319-1350.

despedazando, pieza a pieza tal derecho (435 [9])⁴². A su juicio, el tamaño de la invasión no puede ser el criterio determinante (436-437 [12])⁴³. Asimismo, la decisión justifica sus argumentos en que una invasión física permanente no sólo extrae el derecho a excluir extraños de la propiedad de una sino que además destruye el derecho a usar y controlar tu propia propiedad.

Tribe critica la opinión mayoritaria de la sentencia de la Corte Suprema diciendo que ésta contiene varias páginas de “retórica hiperbólica” para justificar que unos cuantos pies de media pulgada de cable y un par de pequeñas cajas plateadas --que es en realidad la totalidad de la instalación ofensiva-- pueden ser descritas como haber efectivamente destruido el uso del casero del espacio de su azotea (*Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp*, US (1982) 427). Michelman, antes de *Loretto* ya defiende que la Corte debe valorar el contexto, empleando un criterio utilitario y precisa que el tema de la indemnización requiere un análisis basado en consideraciones sobre eficiencia, del que vamos a hablar aquí en el apartado sobre *balancing test* (Michelman, 1967: 1165)⁴⁴.

La Corte Suprema en *Loretto* encima mantiene que permitir a un “extraño” que “invada” y “ ejerza un complete dominio (“to allow a ‘stranger’ to ‘invade’ and ‘exercise complete dominion’”) sobre la propiedad de un arrendador es literalmente añadir al daño un insulto (“literally to add insult to injury”) (*Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp*, US (1982) 436). La mayoría incluso critica a los votos particulares de la sentencia contrarios a ésta (al *dissenting*) por subestimar el tamaño de la instalación de CATV, la cual ocupa, precisa la mayoría, 1 ½ pies cúbicos. A ello añade que el tamaño de la invasión física no puede determinar si estamos o no ante una invasión física, ante un *taking* (*Loretto*, US (1982) 438). Tribe apunta que esta obsesión con las invasiones físicas permanentes de

⁴² Mientras que en España esto no se ve así, servidumbres de este tipo que se instalan en beneficio de la comunidad no se consideran expropiación; en Estados Unidos, pequeñas privaciones mínimas sí se consideran expropiación. Ello es debido a que en Norteamérica la propiedad, todavía hoy, goza por una parte de la jurisprudencia y de la doctrina, de una visión propia del *common law*, en la que el derecho a excluir a terceros es parte del contenido esencial de ésta. Uno de los principales defensores de ésta visión es Radin que a su vez comenta la sentencia *Loretto* en: M. J. Radin, “The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings”, *Colum. L. Rev.* 88 (1988) 1167-ss.

⁴³ Exactamente en la decisión se escribe: “[the constitutional protection of private property] cannot be made to depend on the size of the area permanently occupied, [partly because an owner], suffers special kind of injury when a stranger directly invades and occupies the owner’s property, and partly because the owner may have no control over the timing, extent or nature of the invasión” (436-437 [11, 12]).

⁴⁴ F. I. Michelman, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law”, *Harv. L. Rev.* 80 (1967) 1165-ss.

incluso la más mínima variedad bordea, a su juicio, el fetichismo⁴⁵. También critica la opinión de la mayoría cuando encuentra que meras limitaciones temporales en el derecho a excluir, como las que ocurren en *PruneYard, Kaiser Aetna* – o en otros como *Pumpelly v. Green Bay & Mississippi Co*, US (1871)-- son menos ofensivas constitucionalmente hablando a pesar de que las deprivaciones económicas de esas invasiones exceden de mucho lo que pueda ocurrir con las instalaciones de CATV. Nueva York puede forzar Penn Central a no construir un edificio billonario, un edificio de 53 plantas, sobre la Penn Central Station, pero en cambio no puede forzar a Jean Loretto a que acepte un par de cajitas de un pie y medio de volumen y unos cuantos cables de una pulgada sobre su edificio de apartamentos.

Antes de la famosa decisión del Juez Holmes en *Pennsylvania Coal Co v. Mahon* (260 US 393 (1922)) se pensaba que la *takings clause* solamente afectaba la apropiación directa --o la clásica formal y expresa expropiación-- de la propiedad o, como se dijo en *Transportation Co v. Chicago* (99 US 635 (1879)), cuando se daba un equivalente funcional del desalojo de la posesión de la propiedad. El Juez Holmes, previendo lo que podía suceder en un futuro, reconoce en *Mahon* (1922) que el *government's power* para redefinir el alcance de los intereses incluidos en el campo de la propiedad, tiene que estar sujeto a restricciones constitucionales, y consiguientemente, en 1922, establece el famoso principio de que si una regulación va demasiado lejos debe considerarse un *taking* (1014 [1]). Esta fórmula, como es sabido, no ofrece ninguna pista que pueda indicarnos cuándo, realmente, una regulación va demasiado lejos y en general, la Corte Suprema, durante bastantes años, declina utilizar un conjunto de fórmulas en la jurisprudencia sobre *takings*, decantándose por adoptar un razonamiento *ad hoc*. El *leading case*, del que vamos hablar extensamente más adelante, sobre el test *ad hoc* es a juicio de Michelman (1987: 1165) *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (438 US 104 (1978))⁴⁶.

Cabe preguntarse si el resultado hubiese sido el mismo en *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp* (US (1982) 436) si las cajas se hubieran extraído periódicamente. O si Teleprompter hubiese tenido un derecho estatal de acceso periódico al tejado de la señora Loretto, como el que tienen

⁴⁵ En el libro L.H. Tribe, *Constitutional Choices* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985) el profesor Tribe argumenta el porqué de esta calificación e incluso titula un apartado: "*The fetish of physical invasion: Triumph of form over function*" (1985: 174-179).

⁴⁶ Vid.: F. I. Michelman, "Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property" *Iowa. L. Rev.* 72 (1987) 1319-1350.

las compañías de servicios meteorológicos de entrar en los edificios. La última rareza que puede apuntarse sobre la sentencia *Loretto* es que la mayoría concede que su análisis gira alrededor del hecho que la compañía CATV, que no la casera, posee la instalación ofensiva. La Corte revela que esta propiedad no afecta al poder del estado de manera que pueda requerir a los arrendadores proveer cosas como buzones, alarmas de humo, y conexiones para servicios. La razón, interpreta Tribe, es que a pesar de que el gasto en estas situaciones se impone directamente en la arrendadora, y su dominio sobre su propiedad se imparte, ella es dueña de esa instalación, aunque inconscientemente, precisa el autor (1988: 603). Esta distinción es de importancia crítica para la mayoría porque la propiedad permitirá a la casera, y no a la compañía CATV, decidir como los cables serán grapados en la azotea y así puede controlar el impacto estético de la instalación. Pero, incluso esta distinción se colapsa cuando la mayoría admite que el estatuto de Nueva York da al arrendador la autoridad para prescribir condiciones razonables para proteger la apariencia de sus premisas, y el derecho de demandar indemnización por cualquier daño. La única carga que debe soportar el arrendador es realizar reparaciones menores. A pesar de que la mayoría, a juicio de Tribe (1988: 603) tiene razón cuando califica esta carga 'cognizable', poco se acerca a la carga de limpiar las grapas *Augean*, y es en todo caso una excusa para aprobar la búsqueda para un *balancing test* que pueda funcionar a favor de un talismán como el de las "*permanent physical invasions*".

La Corte Suprema basa sus argumentos en *Loretto* – en los que no se tiene en cuenta ni el tamaño de la invasión ni que se realice en base a un interés público – en varias de sus decisiones anteriores, aunque no análogas. Nos referimos a las sentencias: *Penn Central Transportation Co v. City of New York* (438 US 104 (1978)); *United States v. Causby* (328 US 256 (1946)); *Kaiser Aetna v. United States* (444 US 164 (1979)); y *PruneYard Shopping Center v. Robins* (447 US 74 (1980)). La Corte incluso no cree que el caso *Loretto* sea para nada extraordinario y expone que a pesar de lo que se dijo en *Penn Central* (1978) – que es el caso de referencia sobre el *balancing test* – sobre que no había una fórmula preestablecida para determinar cuándo la indemnización es requerida debido a una limitación sobre la propiedad, allí, ya se apuntó – y en ello se basa en *Loretto* – que la Corte entendía que las ocupaciones físicas permanentes eran un caso tan excepcional que debían ser tratadas como un principio rígido el hecho de que una invasión física permanente o una ocupación de la propiedad se considere siempre un *taking* que requiere compensación.

Paradójicamente, el caso de referencia para la aplicación del *balancing test*, se convierte así, en el punto de partida, para esta norma tan absurda y rígida de *Loretto*: las *permanent physical invasions* se

considerarán *takings* y ello se aplicará automáticamente. En *Penn Central Station* (1978) la Corte Suprema dispone que no estamos ante un *regulatory taking* cuando se prohíbe la construcción de un edificio de decenas de plantas encima de la mítica estación de la isla de Manhattan de Nueva York con el fin de preservar la estética y el patrimonio de la ciudad, y más porque el edificio forma parte de un catálogo general objeto de esta protección. Sin embargo, en la misma decisión se apunta ya que hubiese sido distinto si estuviéramos ante invasiones físicas permanentes. En *Penn*, a pesar de que no se dan las circunstancias allí, la Corte adelanta que una ocupación física permanente o una ocupación de la propiedad deriva en una situación tan excepcional que deberá considerarse un *taking*. En la opinión disidente (*dissenting*) del Juez Blackmun de *Penn*—a la cual se adhieren los jueces Brennan y White—se critica que esta decisión en realidad mina la noción de que no existe un fórmula general, rígida y rápida en vez de defender que cada caso se decida individualmente (442 (3179)).

Este enfoque de *Penn Central* (1978) se justifica con el argumento de que, a pesar de no existir una fórmula fija, no puede olvidarse, se escribe en la decisión, que existen algunos criterios sin embargo como: el impacto económico de la regulación, en especial el alcance de la interferencia con las expectativas que deben producirse con la inversión, y la naturaleza de la interferencia del *government* —y es aquí cuando se habla de las invasiones físicas permanentes. La Corte Suprema en 1987 escribe que este test llamado de tres factores se aplica cuando no se impone un test *per se* (*Hodel v. Irving* 481 US 704 (1987))⁴⁷. En *Penn*, se apunta que una invasión física a sido durante años considerada “*a restriction of an unusually serious character for the purposes of Taking Clause*” (426 [5,6]), y la jurisprudencia indica que el carácter de la acción del *government* no es sólo importante sino *determinative* cuando la invasión física es de naturaleza permanente, cuando la Corte Suprema se enfrenta a un reto constitucional en que aparece una ocupación permanente de la propiedad ésta siempre ha considerado que estamos ante un *taking* (426 [5,6])⁴⁸ (Van der Walt, 1999: 430). Este principio se aplica incluso en el caso en que ocupaciones permanentes por instalaciones como líneas de teléfono y tuberías subterráneas ocupan espacios mínimos de la propiedad y no afectan seriamente el uso del propietario del resto de la tierra (430[7]).

⁴⁷ Vid.: J. W. Singer, *Property Law, Rules and Practices* (Boston, USA: Little, Brown & Co., 1993).

⁴⁸ A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman

El filtro de la Corte con *Teleprompter* con una *per se rule* en relación a las invasiones físicas ha sido criticado por una parte importante de la doctrina. DiGiovanni⁴⁹, por ejemplo, censura que la Corte haya abandonado el enfoque unitario sobre los hechos para pasar a unas cuestiones bifurcada sobre *takings* de dos velocidades (*abandonment of a unified factual approach for a "two-track" bifurcation of takings questions*): una, sobre invasiones físicas, y otra sobre en la que esas invasiones quedan ausentes (1983: 153). E. C. Baker⁵⁰ reflexiona que, si bien una *per se rule* contra las invasiones físicas podría, en teoría, ser defendida como una medida profiláctica para prever imposiciones arbitrarias en cargas sobre propietarios arrendadores, tal peligro estaba del todo ausente en la amplia regulación de *Loretto* (1986: 766).

Tanta crítica quizás fue la razón para que la Corte Suprema se decidiera más tarde a moderar sus posiciones. En *Federal Communications Commission v. Florida Power Corp.*, US (1987) parece que la Corte empieza a buscar reducir el ámbito de la *per se rule* sugerida en *Loretto*. La Corte en *Florida Power* protege a la *Pole Attachments Act* contra un ataque por recurso por *takings* que no se impone. Esta Ley sobre fijación de postes, que permitía a la *Federal Communications Commission (FCC)* fijar tarifas que las compañías de servicios podía cobrar a los sistemas de televisión por cable por usar los servicios de postes como un medio físico para alargar la televisión por cable.

El Juez Marshall escribe la opinión unánime de la Corte destacando que la diferencia principal entre *Loretto* y la Ley de *Florida Power* es que, mientras que en la ley de *Loretto v. Teleprompter* requería específicamente a los arrendadores permitir la ocupación permanente de su propiedad por las compañías de cable. En cambio, nada en la Ley de Fijación de Postes, tal y como ha sido interpretado por la FCC, da a las compañías ningún derecho a ocupar espacio con postes de servicios, ni prohíbe a las compañías de servicios que puedan refutar la entrada en acuerdos con las operadores de cable. La reiteración del Juez Marshall de que el razonamiento de *Loretto v. Teleprompter* fue tan acotado puede que lleve a que se restrinja el uso de la *per se rule* en las invasiones físicas a esos casos a los que el

(Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

⁴⁹ J. DiGiovanni, "Eminent Domain – *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*: Permanent Physical Occupation as a Taking", *N.C.L. Rev.* 62 (1983) 153-ss.

⁵⁰ E.C. Baker, "Property and Its Relation to Constitutionally Protected Liberty", *U.Pa.L.Rev.* 134 (1986) 741-ss.

denomina “*required acquiescence*” by landowners, que es la aceptación requerida por los propietarios.

Por otro lado si comparamos a *Loretto v. Teleprompter* con *Penn Cental* podemos observar, que los casos de *takings* de la Corte Suprema no acogen una agenda capitalista consistente: en *Penn Central*, un proyecto inmobiliario caro promovido por una gran corporación no es posible por razones de preservación histórica; en *Loretto*, las necesidades importantes, de información tecnológica quedaron fuera ante los derechos de propiedad formales de los pequeños arrendadores urbanos. Evidentemente la Corte lo ve, o al menos le gusta considerarlo, como una protección neutral de la propiedad tal y como la Constitución, y no el capitalismo dicta (Tribe, 1988: 604). De todas maneras la “Constitución de la Corte” es algo inevitable: Es la Constitución que se forjó en los *Lochner-style common law*. El espacio de la azotea invadido por la ley que fue invalidada en *Loretto v. Teleprompter* ciertamente se parece más a la propiedad tradicional de lo que lo parece el volumen de aire encima de *Grand Central Station* que fue protegido por la ley en *Penn Central*.

Tribe opina que habrá más encuentro entre el sentido de propiedad de la Corte y los demandantes de justicia y eficacia en la sociedad post-industrial cuando la imaginación de la Corte esté menos enclaustrada por *common law legacies* (restos del *common law*) parecidos a aquellos que la Corte *enforced* rígidamente entre 1890 y 1937 cuando manifiestan “*We know a taking of property when we see it*”. Cuando la Corte realiza esta afirmación la Corte está perpetuando el mito de que la cláusula de la justa indemnización es un plantilla que los jueces pueden simplemente plasmar encima de la naturaleza de los hechos con el fin de detectar un *taking* si cualquier punta abrupta queda más allá de ésta. Un análisis más crítico sería favorecido si hubiese una concesión más dispendida de los que son las opciones que la Corte necesariamente realiza cuando llena el concepto de *takings* cuando sigue los hábitos del *common law* tan estrictamente como si estuviera haciendo aritmética (1988: 604).

Un rasgo común de los tres casos que se analizan aquí, *PruneYard*, *Kaiser Aetna* y *Loretto v. Teleprompter* es que cualquier invasión física no compensada realizada por una tercera persona actuando bajo la autorización expresa del *government* son tan inconstitucionales como lo son los *takings* en los cuáles es el mismo *government* el que esta realizando el *trespassing* (la intrusión).

En *Loretto v. Teleprompter* la Corte pronuncia que las “*permanent physical occupations*” autorizadas por las leyes estatales es una expropiación sin indemnización, y por lo tanto inconstitucional, sin tener en cuenta si es el estado, o una tercera parte autorizada por el estado, el que está ocupando la propiedad ((1982) 432-433). Esta premisa es el contrafuerte para la comprensión de

la moderna doctrina del *state action* que dispone que un ciudadano privado que viola los derechos de otros a través una autorización estatal viene a ser un actor estatal hasta tal punto como lo sería un policía o un fiscal general. Un *taking* es un *taking* por más que la invasión de la propiedad se lleve a cabo por el *government* o un privado actuando gracias a una invitación del gobierno. En cambio, mientras el *taking* sea para un fin público y el *government* esté dispuesto a pagar la indemnización, la expropiación es legítima. Ahora bien, existe también una *rationale* bajo el requerimiento de la compensación.

(v) *El derecho a excluir a terceros, las servidumbres de paso y el nexo requerido entre el taking y el fin público que se pretenda obtener.*

A principios de los ochenta – y finales de los setenta-- surgen una serie de casos en los que la Corte Suprema lidia con leyes estatales que permiten a terceros el derecho de paso, o una servidumbre física (*to trespass physically*), en propiedades privadas. En dos casos, la Corte aplica el enfoque habitual *ad hoc*, reconociendo que, mientras los factores que se dan en otros casos pueden ser útiles, la resolución de cada caso, a fin de cuentas requiere un ejercicio de juicio que debe adecuarse a la lógica (“*the resolution of each case ... ultimately calls as much for the exercise of judgment as for the application of logic*” (Andrus v. Allard, US (1979) 65)). En un tercer caso, sin embargo, --en *Loretto*, del que ya se ha hablado-- la Corte Suprema abandona este enfoque a favor de lo que aparece por ser una repudiación de todas las invasiones físicas permanentes incluso de la más trivial y vario pinta variedad.

La prohibición de las invasiones físicas deriva, a juicio de la Corte y como ya se ha apuntado, del derecho a excluir a terceros u objetos ajenos a su propiedad. En *Portsmouth Harbor Land & Hotel Co. v. United States*, US (1922) ya se había aplicado la teoría de la invasión física cuando la Corte Suprema dispone que una servidumbre para el paso de cañones de fuego a través de las tierras del propietario es una expropiación ya que se produce una invasión física. En *Batten v. United States*, US (1963) una corte federal (306 F.2d 580 (10th Cir.)) niega compensación a los propietarios que están cerca del área de vuelo de los aviones, de un aeropuerto, pero sin embargo no niega compensación – ya que considera que se da la expropiación—alos propietarios que quedan exactamente bajo el área de vuelo, de aterrizaje y despegue al considerarlo una invasión física. En *Giggs v. Allegheny County*, US

(1962) y siguiendo con el tema de las 1reas de vuelo, la Corte Suprema establece que estamos ante una expropiaci3n compensable (*compensable taking*) cuando el *government* establece una servidumbre (*easement*) de paso de aviones por encima de las tierras del propietario a menos de cien pies sobre 1stas. Lo mismo ocurre en *United States v. Causby*, US (1946). En *Pumpelly v. Green Bay & Mississippi Canal Co*, US (1871) donde la Corte Suprema mantiene que estamos ante un *compensable taking* cuando unas tierras son destruidas a causa de una inundaci3n causada por el mismo *government*. Todos estos supuestos se consideran un *taking* porque ha habido una invasi3n f1sica.

Otro de los casos c1ebres es *Nollan v. California Coastal Comm'n*, US (1987). En *Nollan* se a1ade otro criterio al de las invaciones f1sicas: es preciso que exista un nexo entre el *taking* existente y el fin p1blico a obtener. Si este nexo no existe el *taking* se considerar1 inconstitucional. En 1ste caso el estado establece una condici3n para emitir un permiso para construir en una residencia frente al mar que se condiciona a que los propietarios dejen y garanticen al p1blico en general una servidumbre de paso permanente en su playa, privada (*a permanent easement across their beach*). En la opini3n 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 apropiaci3n directa por parte del estado de una servidumbre como 1sta puede considerarse un *taking* de un inter1 patrimonial cl1sico como lo es el derecho a excluir a los otros.

La mayor1a despu1s se pregunta si el estado puede constitucionalmente conseguir este fin requiriendo el acuerdo en una servidumbre como condici3n para otorgar una permiso de land use, una licencia. Expresado en palabras del profesor de *Harvard Law School* Fried (que tambi1n estuvo vinculado a Reagan siendo durante su mandato *Solicitor General*) si el estado puede plantear al propietario una oferta que no va a poder rechazar. *Justice* Scalia realiza el siguiente razonamiento: un *nexus* entre el prop3sito leg1timo del estado y la condici3n que se imponga est1 constreñida por una variedad en la doctrina de las condiciones inconstitucionales: "Cuando este *nexus* esencial es eliminado, la situaci3n 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 d3lares al tesoro del estado. Mientras que una prohibici3n en disparar puede ser un ejercicio coherente con el poder pol1tico del estado, que ser1a proteger la salud p1blica, y puede por lo tanto cumplir con est1ndares exigentes de la libertad de expresi3n, a1adiendo la condici3n que no tiene relaci3n altera el prop3sito que, a pesar de ser leg1timo, ser1a inadecuado mantener la prohibici3n. As1 pues, a pesar de que en parte requerir cien dolares en tasas para poder disparar en el teatro es una restricci3n 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 acaba considerándose que tal desarrollo podrá destrozar los fines legítimos del estado de reducir la congestión del uso de la playa causado por una costa sobreexplotada, la Corte está de acuerdo en que en este caso la Comisión de Costas podría imponer un permiso condicionado siempre y cuando sirviera a tal fin en concreto. 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, sino 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 de 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 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 advancement*’ 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”⁵¹.

En *Dolan v. City of Tigard*, US (1994) también se trata el tema de las condiciones. En este caso la señora Dolan pretende conseguir un permiso para aumentar las fuentes eléctricas y de agua de su tienda. La tienda 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 legítimos, porque si no estaremos ante una extorsión⁵².

(vi) El derecho a excluir a terceras personas no siempre se reconoce como una invasión física. El peso de los criterios económicos.

-El caso *PruneYard Shopping Center v. Robins*, US (1980) examina el derecho de un centro comercial privado de resistirse a que su propiedad sea utilizada como un forum publico. El *PruneYard Shopping Center* consistia de 21 acres, diez restaurantes y más de 65 tiendas que eran visitadas por

⁵¹ Al respecto vid.: M. J. Radin, “Evaluating Government Reasons for Changing Property Regimes”, *Alb. L. Rev.* 55 (1992) 587-ss.

⁵² Para una crítica a esta sentencia y a decisiones similares vean: K.L. Sullivan, “Unconstitutional Conditions”, *Harv. L. Rev.* 102 (1989) 1415-ss.

25.000 personas cada día. Allí unos estudiantes pretendían recoger firmas para una petición y respecto a esto la Corte Suprema entiende que el centro no puede hacer un recurso basado en la privacidad, *privacy claim*, ni tampoco basado en el derecho de protección de una asociación íntima (*right of intimate association*).

De todas maneras el propietario del centro comercial dispone de una norma general, neutral, en cuanto al sujeto de la materia, que consiste en prohibir cualquier expresión pública que no esté relacionada con algo comercial.

A diferencia de la antigua ágora griega, explica la Corte Suprema, la PruneYard se ve a sí misma simplemente como un mercado de bienes y no un mercado de ideas. Por lo tanto, cuando unos estudiantes de instituto intentan establecer un tenderete para solicitar firmas para oponerse a la resolución de Naciones Unidas contra Israel, éstos son invitados a salir de la propiedad. La Corte Suprema de California, sin embargo, interpreta la cláusula constitucional de la libertad de expresión como una base para permitir a los estudiantes fijar su tenderete en PruneYard --quizás sujeto a un tiempo, y sitio y regulación razonable (*time, place and manner criterion*).

Aunque la Corte Suprema de California no podía basar su decisión en la cláusula de la primera enmienda, con lo cual esto ha sido leído como no dar a la gente el derecho, por encima y a través del derecho de propiedad del propietario, de acceso libre a los centros comerciales para fines expresivos (*Hudgens v. NLRB, US (1976); Lloyd Corp. V. Tanner, US (1972)*); y la Corte ha mantenido que la Corte Suprema estatal no puede dar a la primera enmienda más tajada de la que le pueda dar la Corte Suprema de los Estados Unidos (*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., US (1977)*). Volviendo a *PruneYard*, en esta sentencia se argumenta que California, al invitar a terceras personas en su propiedad está realizando una expropiación sin compensación.

En una opinión unánime escrita por el Juez Rehnquist, la Corte Suprema desmiente tal postura. Primero reconoce que la Corte ha concedido al derecho a excluir a los otros de la propiedad de uno se ha mantenido por ésta como uno de los elementos fundamentales del bloque de los derechos patrimoniales – como se hizo en *Kaiser Aetna v. United States, US (1979)*; y en *International News Serv. V. Assoc. Press, US (1918)*).

Pero, precisa la Corte Suprema, que PruneYard en realidad *no* excluye a la gente, de hecho su propósito es atraer a la gente para que gaste dinero – y la Corte no podía encontrar ninguna indicación

en el record que permitir la libertad de expresión pudiera significativamente impartir el valor de PruneYard como un centro comercial, especialmente si se tiene en cuenta que el propietario puede establecer las restricciones de tiempo, sitio y forma razonables con el fin de limitar cualquier molestia a la actividad mercantil. Teniendo en cuenta estas circunstancias, la Corte niega ver los hechos como que la propiedad del apelante haya sido “*physically invaded*” como algo determinante.

Un centro comercial abierto al público en general comprensiblemente no es para la Corte un tipo de propiedad tradicional (*traditional property*) sobre el cual tenga un derecho constitucional federal de excluir no sólo al público sino también de extender invitaciones condicionadas en lo que los visitantes puedan decir durante estén allí. Como consecuencia, el argumento positivista que California posee una “autoridad residual que permite definir la “propiedad” en primer término” tuvo más peso en *PruneYard* que en *Webb’s Fabulous Pharmacies*, donde la Corte sostuvo, también unánimemente, que el interés sigue a lo principal sea cual sea la ley estatal puede llevar a lo contrario (*Webb’s Fabulous Pharmacies, Inc. v. Beckwith*, US (1980)).

Asimismo, en *Pacific Gas & Electric Company v. Public Utilities Commission of California*, US (1986) la Corte recuerda lo que ya estableció en *PruneYard*, que era que las redefiniciones de la propiedad por el legislador y la administración, son, por supuesto, limitadas por otras provisiones de la Constitución Federal. Lo que ocurre en este caso es que durante 62 años, Pacific Gas, un servicio californiano, había incluido un anuncio, en el sobre de sus facturas conteniendo editoriales políticas así como cosas mundanas.

En 1980, después de que un grupo de interés durante unos procedimientos sobre inversiones y devoluciones reclama que se prohíba la inclusión de esos anuncios políticos, la Comisión de Servicios Públicos de California, la PUC, ordena al servicio que permita que en el espacio extra de los sobres de las facturas al grupo de interés público que imprima su opinión en las facturas restantes.

La Corte, en una opinión plural, escrita por el Juez Powell, invalidó la orden que obligaba a compartir el sobre basándose en la primera enmienda (*freedom of speech*) y razonando que si se fuerza tal inclusión ello violaría tal derecho bajo *Wooley v. Maynard*, US (1977) que disponía que este derecho incluía el derecho a no expresarse, o a no contestar.

Tanto el Justice Powell como el Justice Marshall en su confirmación de la opinión mayoritaria apuntan a *PruneYard*. En particular, consideran que el acceso permitido en *Pacific Gas* perjudicaría

más al derecho a expresarse que la pequeña incursión permitida en *PruneYard*. Mientras que los estados son generalmente libres para crear derechos “estatales” (*state rights*), éstos, no pueden limitar derechos constitucionales federales. Por lo tanto, debe entenderse que la comisión de servicios ha cruzado la línea entre lo constitucionalmente permisible y lo redefiniciones *impermissibles* de la propiedad privada.

-Mientras que en España se maldice a los propietarios y se los aparta de cualquier asentamiento sobre la costa y el agua; en Estados Unidos a los ciudadanos no propietarios se les califica de: *government-invited gatecrashers* (“destoza-vallas invitados por los poderes públicos”). El segundo caso a destacar sobre *physical invasions* alrededor de los ochenta es el *Kaiser Aetna v. United States*, US (1979). En éste sí se considera que es un *compensable taking* la regulación del *government* que permite a terceros traspasar la propiedad de los demandantes. Para entender este supuesto, indica Tribe, debemos remontarnos a la primera época del periodo cuaternario (*Pleistocene Period*) – hacia finales de la edad del hielo, cuando se formó un lago sobre lo que muchísimo más tarde sería conocido como Oahu, Hawaii. Este lago, de 523 acres, conocido como el Kuapa Pond, vió pasar el tiempo hasta que eventualmente una *ahupuaa* emitida por el rei Kamehameha III durante el *Great Mahele*, permitió que éste acabara en manos del Obispo Bernice, el cual finalmente convino un alquiler de largo plazo con la compañía Kaiser Aetna.

Kaiser Aetna decidió convertir el Kuapa Pond en una pieza de propiedad mucho más lucrativa desarrollándolo y creando una comunidad residencial. Para llevarlo a cabo la compañía gastó millones de dólares en 1961 – después de recibir la aprobación de la *US Corps of Engineers*, el *government* para realizar sus planes-eon lo cual convirtió el lago no comunicado (el *landlock pond*), de sólo dos pies de profundidad en unas aguas navegables conectadas con el Océano Pacífico a través de un canal de ocho pies de profundidad. Una comunidad privada de tipo marina de unos 22.000 residentes rodearon el Kuapa Pond, y de ellos, 1.700 pagaban tasas con el fin de mantenerla.

En el 72 surge una disputa entre Kaiser Aetna y la *Corps of Engineers*, el *government*, sobre el acceso público al lago – el cual es ahora navegable bajo la ley hawaiana. El *government* pretende que estas aguas sean públicas y se abra el acceso a la navegación a todo el mundo, es decir, pretende

imponer una servitud en la cual está invitando a terceras partes a realizar una invasión física⁵³. A diferencia de *PruneYard*, en *Kuapa Pond* sí estamos ante una propiedad en la que su gracia reside, por lo menos para sus propietarios, en su exclusividad. Alejar al público de su lago privado consiste su mayor valía. Cada residente de la comunidad marina del Kuapa Pond paga una tasa anual de \$72 – que a nosotros tampoco nos parece tanto-- para mantener el lago en el cual “*government-invited gatecrashers would get to use for free*”, para utilizar la expresión del Justice Rehnquist (*Kaiser Aetna v. United States*, US (1979) 180), que traducido vendría a ser que mientras los propietarios de la marina tienen que pagar cada año sus tasas los destroza vallas (vallas de las residencias se entiende) invitados por el gobierno lo utilizarían gratis. Y esto, opina la Corte Suprema, ya se ve que no es justo. En fin.

La Corte Suprema, expresándose a través del juez Rehnquist (juez nominado por Reagan), aunque no unánimemente, repite contundentemente que *Kaiser Aetna* ha gastado millones de dólares desarrollando la comunidad marina partiendo de la asunción que el lago permanecería privado y que en ningún momento – aquí también utilizamos la expresión de la Corte—tuvieron la pesadilla de soñar que acabaría convirtiéndose en un parque acuático público. La mayoría mantiene que, mientras que el consentimiento de desarrollo del Cuerpo de Ingenieros (del *government*) a los planes de en *Kaiser Aetna* no podría parar a la Federación, a los Estados Unidos, de declarar ahora el lago bajo una servidumbre de navegación, podría sin embargo engendrar unas expectativas de recibir el resultado de las inversiones razonables, un *investment-backed expectations* exactamente escribe la Corte, sobre los derechos de propiedad respecto a los cuales el *government* debe pagar cuando ha nacionalizado éstos efectivamente⁵⁴.

Resumiendo, lo que establece la Corte es: si el *government* decide crear tal servidumbre, el acceso del público a la navegación al lago privado, debe indemnización a los propietarios ya que estamos ante una expropiación. El argumento legal positivista (*legal-positivist argument*) de que el estado debe estar libre para poder apropiarse por una parte de lo que ha dado por otra es especialmente débil en *Kuapa*

⁵³ A juicio del profesor Tribe el resultado hubiese sido el mismo si el estado hubiese querido asegurar el acceso del público en general a la marina a través, de por ejemplo, condicionar una licencia para construir un muelle a los residentes de la marina a que garantizaran el acceso del público a ésta. Entonces se repetirían los hechos y las conclusiones de *Nollan v. California Coastal Comm'n*, US (1987).

⁵⁴ Vean sobre este tema también: A. Brownstein, “The Takings Clause and the Iranian Claims Settlement”, 29 *U.C.L.A.L.Rev.* 29 (1982) 984-ss.

Pond porque se ven envueltos dos poderes (*two sovereigns*): El Juez Rehnquist apunta varias veces que la ley de Hawaii ayudó a que los demandantes creyeran que su estanque era propiedad privada, y esto quedó entendido de este modo hasta que el gobierno federal, a través de Corps of Engineers (Cuerpo de Ingenieros), espetó que no lo era.

El argumento agridulce – que si alguien confía en el derecho estatal para reclamar su propiedad no está libre de poder ignorar restricciones o calificaciones construidas en el marco de la misma ley sino que debe tomar lo “amargo” con lo dulce–puso pocas trabas para que la mayoría acabara protegiendo a los propietarios de los “*government-invited gatecrashers*” de su propiedad que acabo calificando como una simple propiedad privada (Tribe, 1988: 602). También en *Arnett v. Kennedy*, US (1974) 153 el Juez Rehnquist dispone que en el contexto del proceso debido donde el estado crea un derecho, el receptor “debe tomar lo agrio con lo dulce”.

(vii) En España, en la mayoría de los casos, las servidumbres se consideran invasiones físicas que no deben iniciar un procedimiento expropiatorio.

En España, el paso de canales por terrenos privados, ésta invasión física, no suele indemnizarse. Ello se basa en que el servicio público que se está prestando es tan importante – asegurar el suministro de agua en una isla–que la cuestión de la ocupación permanente del terreno no se entiende como una expropiación – o para ser más exactos, no se ve como una regulación excesiva e inconstitucional de la propiedad.

En Canarias, cuando los canales de agua pasan a ser dominio público se indemniza a los propietarios por éstos pero no por el espacio que ocupen esos canales. Es decir, la construcción de los canales se indemniza, si los propietarios no se deciden por la concesión, pero no el paso de tales redes. El Tribunal Constitucional español declara que 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 se entiende como 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). 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 propietario 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).

En suma, la declaración del transporte del agua como servicio público es una delimitación del derecho de propiedad constitucional que no 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).

¿ Con esta norma se vulnera el principio de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional? No, este principio “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 para la publicación de los canales. 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).

Recapitulando, el Tribunal Constitucional español reconoce la publicación de canales como una expropiación, pero no la intrusión física de éstos en los terrenos privados una vez éstos se han hecho públicos. En España, pues, no se aplica la doctrina de las *physical permanent invasions per se*, ni como se acaba de ver, la teoría de las condiciones.

-En España, asimismo, no se considera como una invasión física que deba indemnizarse, la exigencia que se les impone a los que disfrutan de la concesión de que instalen pasos y escalas, y que se retiren los obstáculos que puedan perjudicar o dificulten la libre circulación de peces es una delimitación del derecho de propiedad conforme a la Constitución que no implica indemnización.

La constitucionalidad de la Ley de Castilla y León 6/1992 de Protección de ecosistemas, acuáticos y regulación de pesca finalmente se examina por el Tribunal Constitucional en la sentencia 110/1998 que responde a un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Abogado del Estado por cuestiones, sobre todo, competenciales aunque también se tratan aspectos dominicales.

Se recuerda que en la Ley se imponen una serie de obligaciones a los concesionarios de aprovechamientos de aguas ya existentes y sometidos al pertinente título concesional. Ello supone una intervención directa en el dominio público hidráulico con desconocimiento, a juicio del Abogado del Estado, de la competencia estatal sobre el mismo. El Tribunal Constitucional declara, reiterando la jurisprudencia sentada en la sentencia 15/1998 (FJ 13), que en este caso se interfiere en las competencias ajenas con lo que se declara la inconstitucionalidad de los artículos de la Ley que “sancionan las alteraciones de caudales mediante determinados objetos sin la previa autorización de la Junta”, o aquellos en que “se considera infracción muy grave no respetar el caudal mínimo necesario, con independencia de las concesiones administrativas existentes”, dado que, “el régimen de caudales es competencia del Organismo de la cuenca”.

En cuanto a los aspectos dominicales el Tribunal Constitucional estima que los artículos 8 a 10 de

la Ley 6/1992 de Castilla y León que exigen a los que disfrutan de la concesión que instalen pasos y escalas, y que se retiren los obstáculos que puedan perjudicar o dificulten la libre circulación de peces son unas delimitaciones del derecho de propiedad conforme a la Constitución. El Abogado de Estado entiende que estas normas afectan al dominio público hidráulico y alteran “profundamente el régimen concesional establecido, imponiendo gravámenes adicionales a los titulares de las concesiones” (STC 110/1998, FJ 3). Es decir, para el Abogado del Estado, estas medidas sobre la propiedad de la concesión son por lo menos “gravámenes”, pero no llega a calificarlas de limitación-expropiación. En el presente caso el Tribunal Constitucional responde que este tipo de limitaciones, costes o perjuicios al titular del aprovechamiento del agua debían de evaluarse y realizarse en el momento previo al otorgamiento de la concesión. Ahora bien, lo que se ha descrito, lo que dispone el artículo 8 concretamente, se trata una cuestión que afecta a la pesca fluvial, una competencia que tiene la Comunidad Autónoma, y por lo tanto no estamos ante una invasión competencial. De ello se deduce también que el Estado por un lado puede delimitar los derechos de propiedad del concesionario en base a intereses fluviales, su regulación fluvial, y que por otro a estas delimitaciones, que debían ser previas a la concesión, como indica el Tribunal Constitucional, pueden añadirse otras, las del Estado, en base a su competencia sobre pesca fluvial. En ambos casos, a pesar que en el segundo se exige retirar construcciones (escaleras, ...) que no dejen pasar a los peces, no estamos ante una limitación de la propiedad privada que pueda considerarse expropiación y que deba indemnizarse (STC 110/1998).

De esta decisión también se extrae que sobre un mismo objeto de propiedad, la concesión de explotación fluvial, pueden imponerse diferentes regulaciones, que delimitan la propiedad en diferentes sentidos (STC 110/1998).

(viii) El derecho a excluir a terceros en España puede verse limitado, sin indemnización, si existe un interés general prioritario que deba protegerse. Esta jurisprudencia, sin embargo, no siempre ha sido consistente.

-En relación a los enclaves de propiedad privada en el dominio público no es una privación de un derecho preexistente, a juicio del Tribunal Constitucional español, la limitación que a su ejercicio impone la utilización libre, pública y gratuita para los usos comunes del mar y su ribera. Es decir, no es privación de un derecho preexistente la limitación que al ejercicio del derecho de propiedad privada

en enclaves de dominio público impone la utilización libre, pública y gratuita para los usos comunes del mar y su ribera “pues aun en la hipótesis de que la inclusión de una determinada parte del territorio nacional en el espacio demanial no fuese incompatible con el mantenimiento de parcelas de propiedad privada en ese mismo territorio, no puede tampoco la existencia de esos derechos dominicales impedir al legislador regular el uso del dominio público natural en los términos que considere adecuados a su naturaleza” (STC 149/1991, FJ 8 A).

-También se entiende como una delimitación del derecho de propiedad, y no como una expropiación, conforme a la Constitución, la norma que establece que las concesiones otorgadas para la construcción de accesos artificiales a islas o islotes de propiedad particular por medio de obras de rellenos o de fabrica, se revisaran de oficio para que dichos accesos queden abiertos al uso público gratuito en las mismas condiciones de utilización que se hayan establecido para acceder a las propiedades privadas, de forma que se garantice el acceso al dominio público marítimo terrestre insular y a los espacios sometidos a la servidumbre de tránsito y que dispone que esta modificación de sus condiciones no dará lugar a indemnización.

La sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) resuelve un recurso presentado por la empresa T SA y dos comunidades de propietarias contra el apartado 6 de la disposición transitoria decimocuarta del Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1998, de 8 de julio, de Costas, aprobado por el Real Decreto núm. 1471/1989, de 1 de diciembre (de ahora en adelante “Reglamento de Costas”), y contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición contra el mismo interpuesto.

El apartado 6 de la disposición transitoria decimocuarta del Reglamento de Costas establece: las concesiones otorgadas para la construcción de accesos artificiales a islas o islotes de propiedad particular por medio de obras de rellenos o de fabrica, se revisaran de oficio por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo para que dichos accesos queden abiertos al uso público gratuito en las mismas condiciones de utilización que se hayan establecido para acceder a las propiedades privadas, de forma que se garantice el acceso al dominio público marítimo terrestre insular y a los espacios sometidos a la servidumbre de tránsito. Esta modificación de sus condiciones no dará lugar a indemnización”

En la decisión se cuestiona si el último párrafo de la norma reglamentaria que impone un acceso público “gratuito” sin indemnización, supone una vulneración del artículo 33 de la Constitución tal y como alegan los demandantes. Para éstos estamos ante una confiscación realizada por la vía de hecho

o incluso ante un delito perseguible de oficio (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 4)). En el fundamento jurídico sexto el Tribunal recuerda lo que establecen los artículos 132.2, 45 y 53 de la Constitución y de su interpretación conjunta extrae que: Todo ellos establecen mandatos para los poder público, concretamente mandatos constitucionales y que por ello y con este fin se aprobó la Ley 22/1988, la Ley de Costas. El Tribunal Supremo en este fundamento reproduce la exposición de motivos de la Ley. Aquí tan sólo se destaca que ésta fue aprobada con el fin de conservar “ese escenario natural, ... revalorizado por el cambio de costumbres humanas y por la civilización del ocio como fenómeno de masa...” (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 6)). El Tribunal Supremo opina que ya se han permitido demasiadas concesiones a los particulares, a la propiedad particular “con el resultado que ciertas extensiones de la ribera del mar han quedado injustificadamente sustraídas al disfrute de la colectividad” y que ello exige “una solución clara... acorde con la naturaleza de estos bienes [...] tenga como objetivos la garantía de su uso y disfrute abierta a todos, con excepciones plenamente justificada por el interés colectivo y estrictamente limitadas en el tiempo y en el espacio...”. El Tribunal Supremo asimismo reafirma la calificación del mar y su ribera como patrimonio colectivo “siguiendo el mandato constitucional” (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 6)). A su juicio el mar y la ribera son “patrimonio colectivo especialmente valioso como espacio natural de libertad sea preservado para el uso y disfrute de todos los ciudadanos...” y por ello es responsabilidad ineludible del legislador proteger la integridad de estos bienes, “conservarlos como propiedad de todos y legarlos en esta condición para las generaciones futuras” [...] “...conciliando las exigencias del desarrollo con los imperativos de protección, y derogando cuantas normas legales se opongan a dicho propósito” (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 6)).

De acuerdo con la Ley de Costas, aclara el Tribunal Supremo, cualquier alegación de la demanda afirmando el carácter privado de las playas y de la zona marítimo-terrestre existentes en la isla propiedad de los demandantes no pueden ser acogidas por el Tribunal (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 7)). Además las limitaciones y servidumbres establecidas en el título II de la Ley de Costas “tienen carácter de regulación mínima y complementaria”. La sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, FJ 3.1, recuerda el Tribunal Supremo, ya descartó globalmente la posible inconstitucionalidad de tales normas. Todas ellas fueron consideradas constitucionales – incluidas las que publicaban el acceso gratuito al mar, las de

tránsito (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 8).

En conclusión el Tribunal Supremo afirma que no estamos ante una medida expropiatoria y que por lo tanto no cabe indemnización: “el Tribunal entiende que no estamos ante ninguno de los supuestos de extinción previstos en el artículo 78 de la LC, porque, verificada en su caso la modificación, el concesionario mantiene su derecho a la ocupación del dominio público, no queda excluido de su goce, sigue disfrutando de la concesión” (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 12)). En unas condiciones distintas establecidas por la Administración los concesionarios tendrán que compartir estos accesos, antes de su propiedad, con aquellas personas que decidan hacer uso del dominio público de esa islas e islotes. Ello si supone para los concesionarios una agravación, una mayor onerosidad de las condiciones establecidas por la Administración en el título concesional” pero ello no es una expropiación: “Mas no cabe confundir la mayor onerosidad de las obligaciones con la privación del derecho a ocupar el dominio público” (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 12)). Y más si se tiene en cuenta que los puentes,... se construyeron sobre dominio público (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 12)). Resumiendo, la disposición impugnada constituye una manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria y ésta sirve, a juicio del Tribunal, “con objetividad los intereses generales” (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 14)).

En cuanto al principio de igualdad el Tribunal Supremo manifiesta que no se ha vulnerado, que hay igualdad de trato y además la medida es adecuada -“congruente y proporcional al fin que se propone” (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 14)).

Finalmente apuntamos que no se otorga indemnización a las propietarias porque no se ha vulnerado el artículo 33 de la Constitución. Esta afirmación el Tribunal Supremo la basa en los argumentos que realizó el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la Ley de Costas y se remite a ésta. En concreto recuerda respecto los derechos constitucionalmente garantizados que cualquier limitación de éstos aunque no se afecte el contenido esencial sólo es constitucionalmente legítimo cuando la consecución de la finalidad perseguida por la norma no puede ser alcanzada sin imponerla, sólo es aplicable a aquellas normas que afecten directamente el contenido del derecho, no a aquellas otras que teniendo objeto distinto producen inconvenientes o desventajas a algunos titulares de derecho por las circunstancias concretas que en ellos se dan... Es decir, la norma no es considerada “arbitraria”

(sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 15)) y más si se recuerda, como hace el Tribunal que estamos ante propiedad privada sobre un dominio público y que debido a la función social, como ya se dijo en la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, FJ 1.D la función social de la zona marítimo-terrestre, que la Carta Europea resume...el legislador Estatal no sólo está facultado sino obligado a protegerlo...a fin de conservar su integridad física, para garantizar el uso público, conservar los valores paisajísticos, ... es decir todas aquellas finalidades amparadas en el artículo 45 CE. Con lo cual, ello “no puede alcanzarse sin limitar o condicionar de algún modo las utilidades del dominio y el uso que sus propietarios pueden hacer en los terrenos colindantes con él...” (sentencia de 16 de enero 1997, del Tribunal Supremo (sala tercera, sección tercera) (FJ 16)). En consecuencia se desestima el recurso.

Existe otro caso relevante, ya que refleja la aptitud de los tribunales ante la nueva propiedad y más sobre la propiedad privada ante bienes de dominio público, que por supuesto viene marcada por lo que ya estableció la Ley y el Tribunal Constitucional. Sentencias como éstas y la anterior son sencillamente una imagen de lo que es la propiedad hoy en España, una derecho de propiedad que queda en un segundo plano y supeditado al interés general especialmente cuando se trata de bienes que nunca debieron ser privados, como el agua, el aire, y el mar. Si se compara este caso con el norteamericano en el que a los *Nollan* se les exige que permitan un paso para acceder al mar, todavía destaca más la jurisprudencia española. Siempre teniendo en cuenta que en el caso *Nollan*, a éstos se les hace una propuesta de manera singular y no derivada de una norma general.

-En España, sin embargo, en el caso que exista una servidumbre de paso, de hecho, no siempre lleva a que ésta pueda declararse dominio público si no se inicia un procedimiento expropiatorio. De

ello se deriva, que en este tipo de casos, el derecho a excluir a terceros forma parte del derecho de propiedad y que cuando se limite, deberá hacerse o a través de una regulación general constitucional o a través de un procedimiento expropiatorio. En Vallecas, el simple factor de estar los viales afectados de hecho al uso común, como medio de acceso, a las viviendas – en este caso chabolas-- con la aquiescencia de su propietario, en modo alguno supone la atribución a tales viales de la condición de vías públicas afectadas al dominio público⁵⁵ – ya que estos terrenos, entiende el Tribunal no han salido previamente del patrimonio de su propietario. En estos casos debe recaer, conforme al sistema elegido, la expropiación.

No nos detendremos en el análisis de las sentencias del TSJ de Madrid de 9 de marzo de 1990 y la sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) – que responde a un recurso contra la anterior-- ya que fueron examinadas ya en el capítulo sobre propiedad urbana, y allí nos remitimos. Tan sólo recordar que en este caso el Tribunal Supremo estableció que el hecho de que se utilizaran unos terrenos privados como camino, con el consentimiento del propietario, ello no implicaba que esos terrenos pudieran considerarse y convertirse automáticamente dominio público⁵⁶. Por lo tanto la Administración para convertirlos en vías públicas debía expropiar e indemnizar a los propietarios debidamente si no, entiende el Tribunal Supremo, estaríamos ante una limitación del derecho de propiedad contraria a derecho⁵⁷.

Esta decisión sobre el barrio de Vallecas, sin embargo, es una excepción a la norma general. En España, en general, no se ha considerado una regulación excesiva – un *regulatory taking*– los límites a la propiedad que se imponen con el fin de asegurar el paso basado en un interés público. ¿Porqué en el

⁵⁵ Recordamos que en este caso un plan urbanístico que pretende urbanizar la zona y asfaltar el camino que utilizan los habitantes de las viviendas para acceder a éstas, entiende que no requiere expropiar tales caminos porque venían utilizándose durante años por todos los vecinos.

⁵⁶ “Por tanto, el simple factor de estar tales viales afectados de hecho al uso común, como medio de acceso, a las viviendas, con la aquiescencia de su propietario, en modo alguno supone ello la atribución a tales viales de la condición de vías públicas afectadas al dominio público, al no haber salido previamente del patrimonio de su propietario. La expropiación, conforme al sistema elegido, ha de recaer, pues, sobre el terreno propiedad del expropiado cuya inclusión en el proyecto solicita el mismo” (sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª)(FJ 4).

⁵⁷ Lo que lleva a que el TSS en el fundamento jurídico quinto estime el recurso de apelación y declare que el propietario tiene derecho a que sus terrenos le sean valorados e indemnizados teniendo en cuenta que estos son de propiedad privada, y que “se van a destinar al uso como viales, no cedidos a la Administración y que son del dominio privado del apelante,...” (sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 5).

caso Vallecas se decide que estamos ante una expropiación mientras que en el caso sobre costas no? La diferencia reside, creemos nosotros – a pesar de que la jurisprudencia al respecto es muy confusa—en que en el caso de la Ley y Regulación de costas estamos ante normas que de manera general establecen unas limitaciones, mientras que en Vallecas no. De todas formas, esto no queda del todo claro, ya que el caso Vallecas podía ampararse también en una norma general. La jurisprudencia no deja claro que tipo de criterios emplea para cada caso y tanta confusión nos puede hacer pensar que un propietario de Vallecas, cuando se ve afectado, despierta más empatía que el propietario de un chalet frente al mar.

-En general, sin embargo, 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, por más que ello implique una disminución del valor económico, en un inicio, de la propiedad (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 21))⁵⁸.

⁵⁸ Es el artículo 14.2 LRSV el que lo establece: "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". El precepto no es inconstitucional desde el punto de vista competencial (ni desde ningún otro punto de vista se entiende ya que el Tribunal Constitucional no dice lo contrario). Debe subrayarse que el artículo habla de ceder *obligatoria y gratuitamente* a la Administración (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 21)).

Tampoco es inconstitucional otro supuesto parecido, el que establece la letra c) del art. 14.2 LRSV. Esta norma establece el deber de los propietarios de suelo urbano no consolidado de "ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del correspondiente ámbito; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo". El art. 14.2 c) LRSV impone hoy, manifiesta el Tribunal Constitucional, como norma de igualdad de los propietarios de suelo urbano consolidado, un máximo de cesión de suelo: el correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico patrimonializable. O descrito desde su otra vertiente, el art. 14.2 c) LRSV garantiza a los propietarios de suelo urbano no consolidado al menos el 90 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 22)). El art. 14.2 c) LRSV establece un porcentaje mínimo de aprovechamiento subjetivo (o patrimonializable) a favor de los propietarios de suelo (en concreto, 90 por 100), pero no la base sobre la que se aplica. De ello resultará que la competencia de las Comunidades Autónomas sobre las facultades urbanísticas de la propiedad del suelo urbano no consolidado no resultará sólo de la posibilidad de elevación de ese porcentaje mínimo de aprovechamiento subjetivo, sino de la competencia para determinar los ámbitos de la equidistribución (todo el suelo urbano no consolidado, o porciones limitadas de éste), y la fórmula misma del aprovechamiento urbanístico patrimonializable. En estos términos, es claro, subraya la sentencia, que la norma del art. 14.2 c) LRSV contiene una norma de

También 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))⁵⁹.

-En España el derecho a excluir a terceros de la propiedad de una queda reducido todavía más cuando aparecen en el análisis intereses constitucionales, y generales, tan relevantes como lo es el derecho a una vivienda digna. En Estados Unidos, probablemente se consideraría una invasión física, aunque no siempre.

En España, 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 – el derecho a excluir a terceros de ésta--, en beneficio del arrendatario, sin que se establezca indemnización para el primero, es una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución.

igualación mínima en el ejercicio del derecho de propiedad amparada por el art. 149.1.1 CE (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 22)).

⁵⁹ El art. 18 LRSV establece los deberes de los propietarios de suelo urbanizable: "La transformación del suelo clasificado como urbanizable comportará para los propietarios del mismo los siguientes deberes: 1. 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. 2. Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya o adscriba al ámbito correspondiente. 3. Costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación y, en su caso, las obras necesarias para la ampliación o refuerzo de dichos sistemas requeridos por la dimensión y densidad de la misma y las intensidades de uso que ésta genere, de conformidad con los requisitos y condiciones que establezca el planeamiento general. 4. Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del sector o ámbito correspondiente; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo. 5. Proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo. 6. Costear o ejecutar la urbanización del sector o ámbito correspondiente. 7. Edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento". Este artículo es conforme a la Constitución – y al orden constitucional de competencias (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 30)).

Esta sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992 ya fue analizada en el capítulo sobre propiedad urbana. Aquí tan sólo recordamos un par de aspectos sobre ésta. La sentencia responde a una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 58.1 de la LAU⁶⁰. El Tribunal Constitucional establece que dicho artículo es inconstitucional⁶¹ en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo material y estable, *more uxorio*, con el arrendatario o arrendataria fallecida⁶². Ahora bien, ello significará que 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. El Tribunal Constitucional declara que 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).

La decisión basa sus argumentos en distintos intereses establecidos en la Constitución. Sin embargo, se centra sobre todo en la protección de la familia⁶³. Un concepto de familia que debe ser

⁶⁰ 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).

⁶¹ De la opinión expresada en el fallo disienten dos Magistrados los cuales se pronuncian mediante votos particulares. Según el primero, al existir anterior doctrina, numerosa y reciente, sobre la exclusión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, habría que haber declarado la constitucionalidad del precepto. El segundo Magistrado pone en tela de juicio el papel de legislador positivo que se atribuye el Tribunal, y considera que, por ese motivo, habría que haber desestimado la cuestión planteada.

⁶² "En los términos en que la cuestión se ha promovido, el art. 58.1 LAU se estima inconstitucional en aquella parte del mismo en que se atribuye al "cónyuge" del arrendatario fallecido -no, por tanto, al miembro superviviente de una unión de hecho- la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento. El precepto, pues, se reputa de contrario a la Constitución en lo que tiene de norma excluyente, de tal modo que -de ser compartible este reproche- la norma habría incurrido, en el extremo dicho, en una inconstitucionalidad sobrevinida por defecto. A los efectos del examen que aquí hemos de emprender, se ha de partir, así, de la constatación de que el enunciado legal, al referirse tan sólo al cónyuge, entraña la exclusión a contrario de quien haya convivido "more uxorio" con el arrendatario fallecido, que quedaría al margen, de este modo, de la previsión legal y sin posibilidad alguna de reclamar para sí, por consiguiente, el beneficio legal de la subrogación" (STC 222/1992, FJ 3).

⁶³ "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" (STC 222/1992, FJ 3).

conforme a las libertades y derechos establecidos en la Constitución⁶⁴ (STC 222/1992, FJ 3).

Por otro lado el Tribunal reconoce que 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 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 (STC 222/1992, FJ 3). Se trata de una función social de la propiedad privada que se realiza una vez más a costa del propietario, de un particular, escogido al azar. El Tribunal Constitucional declara que es precisamente tal art. 14 el que ha de dar respuesta a la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad, en el punto considerado, del art. 58.1 LAU (STC 222/1992, FJ 5). Con lo que afirma que lo que se trata de proteger con la “función social” que se aplica en este caso concreto es lo que disponen 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 (STC 222/1992, FJ 6).

En este caso, en que el coste del derecho a la igualdad corre a cuenta de un propietario arrendador – no como en la sentencia sobre las pensiones en que el coste hubiese caído sobre el Estado – se insiste en los objetivos reconocidos como parte de la función social, y de su contenido esencial, del derecho de propiedad urbana (STC 222/1992, FJ 6). En base a los argumentos descritos el precepto es declarado

⁶⁴ El Tribunal Constitucional delimita lo que deben ser los contenidos mínimos sobre familia que contiene la Constitución, a pesar de que se recuerda que será el legislador el que deberá definir ésta de acuerdo con la Constitución: “Cabría objetar, ya en otro orden de cosas, que el otorgamiento de este beneficio legal al cónyuge supérstite sin descendencia no puede ser concebido como instrumento de protección a la familia, y ello en atención a un doble orden de consideraciones: porque, en primer lugar, la pareja sin hijos no entraría en el concepto constitucional de “familia” y porque, en todo caso, el beneficio al cónyuge supérstite sin descendencia –o que no conviva con otros parientes– no podría decirse atribuido a familia alguna, extinguida, precisamente, por el fallecimiento del otro cónyuge. Ninguna de estas consideraciones puede ser, sin embargo, compartida. La primera, porque en el concepto constitucional de “familia” entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales (art. 18.1), con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 45/1989, 192/1991 y 200/1991) y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz “familia”, en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia [...] Si no es discutible que la familia es siempre un marco de solidaridades y de dependencias tampoco lo ha de ser la calificación como protección familiar de la que se preste a quien ha convivido familiarmente y ve alterada esa realidad y sus expectativas por causa del fallecimiento de la persona con la que integraba una unidad familiar. La familia no será ya entonces el objeto, pero sí, desde luego, el fundamento de la protección dispensada por el poder público. Las consideraciones anteriores sirven, pues, para ilustrar sobre la finalidad del precepto legal cuestionado y sobre su conexión con lo dispuesto en el art. 39.1 CE (STC 222/1992, FJ 4).

inconstitucional (STC 222/1992) con lo que prevalecen unos derechos dominicales particulares, los de los arrendatarios, frente a otros también particulares, de los arrendadores.

-En los arrendamientos urbanos un propietario-arrendador puede ver limitado su derecho de propiedad, y verse obligado a una prórroga del contrato de arrendamiento, en beneficio de las Corporaciones Públicas, en cumplimiento de la función social de la propiedad privada – con lo que estaremos ante una regulación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución, que no incluirá indemnización—pero esta limitación no podrá imponerse ante otro particular. La Iglesia Católica no forma parte de esa función social, es tratada como un particular más, y por lo tanto no puede verse beneficiada por la Ley a costa del propietario-arrendador⁶⁵.

El Tribunal Constitucional dispone que el precepto es conforme a la Constitución en cuanto se refiere a las Corporaciones públicas (STC 340/1993, de 16 de noviembre). El Tribunal Constitucional basa su razonamiento en que la Iglesia Católica no es función social suficiente que justifique esta carga al arrendador mientras que las Corporaciones Públicas sí son función social suficiente en este sentido. En conclusión, el Tribunal Constitucional interpreta que no es que la Iglesia Católica tenga obligación de indemnizar sino que ni siquiera se le dará opción a permanecer, ya que no ha ocupado la propiedad y ello es causa suficiente para que se le deniegue la prórroga – mientras que a las Corporaciones Públicas, como forman parte del interés protegido por la función social de la propiedad urbana, sí tendrán ese derecho en detrimento del propietario arrendador. Las propiedades de esta confesión, la Católica, son tratadas pues con las mismas consideraciones que las de los particulares-arrendatarios. Por lo tanto se entiende que el particular-arrendatario deberá acogerse a la normativa general si pretende permanecer como arrendatario.

-Asimismo, en los arrendamientos urbanos, ante una vivienda, un propietario-arrendador puede

⁶⁵ La sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, de 16 de noviembre, responde a cinco cuestiones de inconstitucionalidad contra varios artículos de la LAU que obligan al arrendador a prorrogar el contrato de arrendamiento urbano por un determinado tiempo sin que se cumplan los requisitos generales mientras que para el arrendatario o inquilino es potestativo cuando ese arrendatario o inquilino es un determinado sujeto. La sentencia establece que el artículo 76.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es inconstitucional en cuanto releva de la justificación de la necesidad de ocupación de la finca arrendada a la Iglesia Católica. En la decisión se debate si existe diferencia entre arrendatario-particular, arrendatario-Iglesia Católica y arrendatario-Corporación Pública, con el fin de atenerse a esa excepción que permite extender el contrato incluso cuando no se esté ocupando la propiedad, causando una carga al arrendador en muchos casos cara (STC 340/1993, de 16 de noviembre).

ver limitado su derecho de propiedad en beneficio del arrendatario – en virtud de una imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador sin que ello suponga una desnaturalización del derecho de propiedad. 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.

En este caso, sentencia del Tribunal Constitucional 89/1994, se cuestiona si la imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador supone una desnaturalización del derecho de propiedad. En el supuesto la actora es propietaria de una vivienda en un inmueble madrileño por lo que cobra una renta de alquiler de 1489 pesetas al mes. A su vez ella es inquilina de otra vivienda del mismo inmueble por el que paga una renta mensual de 150.000 ptas. Salta a la vista que existe una situación absurda e injusta. En este caso se cuestiona si la imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador supone una desnaturalización del derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional decide que la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos anteriores al RDL 2/1985 no es contraria al contenido esencial de los derechos de propiedad y de libre empresa, y tampoco constituye una discriminación para los antiguos arrendadores incompatible con el artículo 14 CE. La razón por la cual el Tribunal Constitucional no considera el caso ni contrario a la igualdad ni a la propiedad constitucionales es que a su juicio no existe equiparación entre los derechos del arrendador y el arrendatario. No estamos ante dos supuestos iguales y que por lo tanto la diferenciación entre las condiciones del arrendador y el arrendatario – que establecen que uno puede exigir la prórroga y el otro no – no es discriminatoria (STC 89/1994).

El Tribunal Constitucional una vez más recuerda que la propiedad privada puede verse limitada por las razones que vienen establecidas en los siguientes artículos de la Constitución: el 47 CE, que reconoce el derecho a la vivienda, y el 39.1 CE, que exige que los poderes públicos velen por la protección del domicilio familiar, y la familia – familia conforme al texto de la Constitución. A estos, el siguiente fundamento añade otros intereses: “Ello supone que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (así artículos 40.1, 45.2, 128.1 y 130.1 entre otros)” (STC 89/1994, FJ 4).

No cabe duda, sin embargo, que tal prórroga supone una carga importante para el propietario-arrendador⁶⁶. Para algunos estamos ante “la existencia de una “seudoexpropiación encubierta cuya causa de utilidad pública o interés social, a los efectos del artículo 33.3 CE es más que discutible” (JPI número 3 de Gijón, que planteó una cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley también) (STC 89/1994, FJ 3).

Ahora bien, de la afirmación del Tribunal Constitucional en esta decisión podemos extraer que el derecho de propiedad hoy está formado por otros elementos aparte de los puramente patrimoniales, como los derechos e intereses que menciona, que pasan a formar parte del contenido esencial de la propiedad privada, a través de su función social, que forma parte del contenido esencial de la propiedad privada.

En la decisión además se hacen otras afirmaciones respecto a la propiedad privada en general y que aplica a esta propiedad urbana en concreto: Es el legislador el que *determinará* el contenido del derecho de propiedad “en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de ese derecho” (STC 89/1994, FJ 4).

En conclusión el Tribunal Constitucional dispone que la imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador no supone una desnaturalización del derecho de propiedad.

-Asimismo, en los arrendamientos urbanos, ante un local de negocio, un propietario-arrendador puede ver limitado su derecho de propiedad en beneficio del arrendatario – en virtud de una imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador sin que ello suponga una desnaturalización del derecho de propiedad. 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

⁶⁶ En la sentencia también aparece un voto particular que apunta en esa dirección. El voto particular de A. Rodríguez Bereijo manifiesta que: El TC emplea 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”.

derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución.

El Tribunal Constitucional asegura que se aplicará un razonamiento similar a los descritos en los párrafos anteriores: “Y debe señalarse que un razonamiento similar puede llevarse a cabo respecto del arrendamiento de locales de negocio, en cuanto que la prórroga forzosa representa un favorecimiento, por el legislador, del mantenimiento de empresas o actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de apoyo a la producción y al empleo, respaldadas por los mandatos de los artículos 35, 38 y 40 de la Constitución” ((STC 89/1994, FJ 5), claro que el interés social que se protege en este caso es otro: el mantenimiento de empresas y actividades económicas.

El Tribunal Constitucional no explica porque incluye estos artículos constitucionales y no otros. Aunque la elección del Tribunal nos parece coherente y defendible no entendemos cuáles han sido los criterios que han llevado al TC a escoger estos artículos, ¿por qué no se incluyó, por ejemplo, el medio ambiente?

(ix) Consideraciones finales y críticas a éstas propuestas.

Recapitulando, uno de los aspectos que se analizan cuando existe una regulación de la propiedad es si las invasiones físicas deben considerarse excesivas o no – *regulatory takings* en Estados Unidos. Estas invasiones físicas pueden ser de dos tipos: invasiones físicas permanentes, servidumbres, como tuberías, canales y cables; o invasiones físicas en las que por la propiedad de uno pasan personas, cuando antes no podían, para acceder al mar, por ejemplo, o se instalan en ellas. Mientras que en Estados Unidos las invasiones físicas permanentes se han considerado expropiación, en España, en general, no.

En cuanto a las invasiones por parte de personas, ya sea de paso o porque no se instalan en la propiedad de uno – como arrendatarios o en un centro comercial para pedir firmas—las soluciones no han sido tan claras. En Estados Unidos en el caso *Aetna*, el de Hawai, obligar a los propietarios a que permitan a todos el acceso al lago se consideró expropiación, mientras que en *PruneYard*, la instalación de tenderetes para recoger firmas a favor de Israel en un centro comercial no.

En España las invasiones físicas, en general, y de cualquier tipo, sí están justificadas en base al

interés general, un interés constitucional, no se considera una regulación excesiva. Así, en Canarias, cuando los canales de agua pasan a ser dominio público, el paso de canales no se ve como una invasión física que deba indemnizarse. Tampoco cuando la regulación sobre la Ley de Costas establece que todos los puentes hacia propiedades privadas ubicadas frente al mar en islotes deben permitir el acceso al público se ha considerado una invasión física *indemnizable*.

Asimismo, en cuanto a los arrendamientos urbanos, cualquier límite basado en el interés general que permite la permanencia de determinados arrendatarios, se considera una regulación constitucional. Aquí, los propietarios opinan que son ellos los que están pagando el precio, de manera aleatoria, de un fin social.

En el presente texto rechazamos contundentemente la doctrina del *physical invasion per se* (Loretto (1982)). Nos parece desproporcionada y disparatada. Un criterio establecido así, sin más, sin tener en cuenta otros elementos e intereses constitucionales no nos parece una buena idea. Creemos más apropiado, tal y como defienden Tribe, Michelman y Van der Walt, un juicio en abstracto en el que se tengan en cuenta todos los intereses en un mismo plano, los particulares y los públicos.

En España, pues, sí que se hace un juicio *ad hoc*, de tipo general, pero también se hecha de menos una línea jurisprudencial en la que se apliquen tests un poco coherentes como el que defienden Michelman o la misma sentencia *Penn* en Estados Unidos. Además, creemos que en España no se ha reflexionado suficientemente sobre quién debe pagar el precio del desarrollo y del bienestar. Con ello no queremos decir que no nos parezca bien que se acabe protegiendo a los arrendatarios y el acceso de todos a las playas, el fin nos parece constitucional y loable, pero el medio para alcanzarlo podría ser un poco más coherente.

Resumiendo, rechazamos la doctrina de los *physical invasion per se*, por disparatada, y en cuanto al resto de invasiones físicas creemos que debería hacerse un juicio de proporcionalidad, y en el caso que las imposiciones sean excesivas para un propietario debería establecerse, de manera clara e inteligible, en la ley o a raíz de una ley, un procedimiento expropiatorio.

3. EL TEST DE LA DISMINUCIÓN Y/O DESTRUCCIÓN DEL VALOR.

(x) *En Estados Unidos la destrucción del valor se ha considerado expropiación.*

En Estados Unidos la destrucción del valor se ha considerado expropiación. El problema reside en que meras disminuciones del valor de la propiedad, desde una perspectiva general, si para el propietario ha sido asumido como una destrucción del valor, se ha considerado expropiación sin tener en cuenta otros intereses como el medio ambiente. Este test, sin embargo, no ha sido consistente y en general, la jurisprudencia ha acabado defendiendo el *balancing test* de *Penn.*

En Estados Unidos se plantea la siguiente cuestión: ¿Si se fuerza a alguien a que deje de hacer determinadas actividades en su propiedad, diciéndole como han expresado muchos autores, así como la misma Corte Suprema, “puedes quedarte con tu propiedad pero no puedes usarla” (“*you can keep it, but you can't use it*”), es lo mismo, en palabras de la Corte Suprema, y a grandes rasgos, que coger la propiedad y dársela a alguien? En la mayoría de los casos la Corte Suprema ha respondido que sí y que por lo tanto estamos ante una expropiación, cuando el control del government sobre la propiedad de una persona es tan extremo, que aunque algunos usos sigan formando parte de las posibilidades de actuación del dueño, el valor de la propiedad haya sido virtualmente destruido. En este caso estaremos ante lo que se conoce en Estados Unidos como por el test de la destrucción o disminución del valor (Tribe, 1988: 593)⁶⁷.

La siguiente pregunta que cabe plantearse es qué se entiende por destrucción del valor, y a qué valor exactamente nos referimos. La jurisprudencia y alguna parte de la doctrina norteamericana han confundido a menudo la noción de valor con el concepto de valor económico. En España, y Alemania, sin embargo, el concepto de valor se ha interpretado desde los intereses protegidos por la Constitución. Así, mientras que en Estados Unidos la prohibición de construir frente al mar debe indemnizarse, en España no, ni que al propietario sólo le quede después de la regulación, como valor de la propiedad,

⁶⁷ L.H. Tribe, *American Constitutional Law* 2ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 1988).

pasearse por sus tierras. En España el concepto valor se vincula a otros intereses como el medio ambiente.

En Estados Unidos el debate ha girado más alrededor de la cuestión de qué debe entenderse por destrucción o disminución del valor. En ello nos centramos a continuación. El caso más extremo es el ya comentado y conocido caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, US (1922). En *Mahon* la Corte Suprema establece la siguiente premisa: cuando una regulación es excesiva, y en este caso se considera excesiva por disminuir en extremo los beneficios de las compañías mineras, estaremos ante una expropiación porque se ha dado una disminución del valor de la propiedad que la deja sin contenido. Recordamos que en este caso las compañías mineras en Pennsylvania tienen perforada toda la ciudad por debajo dejando a las casas en una situación precaria. Los propietarios de las tierras en Pennsylvania sólo poseen la propiedad del suelo y no del subsuelo. Así si las compañías mineras al perforar remueven los cimientos de las casas los propietarios de éstas últimas no pueden quejarse ya que éstos ya sabían, cuando las adquirieron a precio bajo, que no podían exigir el control de las perforaciones. Cuando el estado pretende frenar este desbarajuste a través de una regulación la Corte Suprema dispone que obligar a las compañías mineras a tomar todas las medidas necesarias para evitar daños a las casas dejaría a la empresa en una situación precaria, no viable económicamente. En el caso *Mahon*, pues, no se tienen en cuenta otros elementos básicos, como los daños a terceros o el derecho a la vivienda y simplemente se decide que una limitación así a las compañías mineras supondría destruir el valor de su propiedad.

Afortunadamente, el caso *Mahon*, aunque se repite, es una excepción a la norma general. En Estados Unidos pérdidas de más de un 75% del valor de la propiedad no se han considerado regulatory takings justo antes de *Mahon* --como en el caso *Hadachek v. Sebastian*, US (1915) en el que la pérdida de un 88% del valor de la propiedad no se consideró expropiación--; ni tampoco justo después de *Mahon*, en el caso *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*, US (1926) en que se privó del 75 % del valor. Distinto es el caso *Goldblatt v. Hempstead*, US (1962) dónde si realmente se dejó *out of business* al propietario como reconoce la misma Corte Suprema cuando declara que no estamos ante un regulatory taking. En *Goldblatt* lo que sucede es que la ciudad había expandido una operación de minas de arena y grava y la misma Administración local decide establecer regulaciones urbanísticas (*zoning law*) que prohíben toda excavación bajo cierto nivel e impuso un deber afirmativo de rellenar cualquier excavación que fuera bajo ese nivel. A pesar de que el dueño argumenta que esta norma urbanística destruirá totalmente el valor económico de su propiedad y que la *New York Court of Appeals*

estima que la ordenanza se ha enmendado como parte de una operación de intento sistemático de forzar al propietario a que deje su negocio (*[the ordinance was amended as part of "a systematic attempt to force [the owner] out of business ... under the guise of regulation"* (9 NY2d 101, 172 (1961))) la Corte Suprema decide que no estamos ante un regulatory taking.

La Corte Suprema manifiesta que no existe evidencia o registro que ni que sea remotamente sugiera que la prohibición de excavar reduzca el valor del terreno en cuestión y además añade que la Corte no ve necesario decidir de antemano "*how far regulation may go before it becomes a taking*". Es decir, no ve imprescindible fijar de antemano un tanto por ciento del valor a reducir de la propiedad para empezar a hablar de expropiación (*Goldblatt v. Hempstead*, US (1962) 594). Por lo tanto, a pesar de que la Corte de Apelaciones de Nueva York había señalado que rellenar las excavaciones puede costar más de un millón de dólares (de 1962), la Corte Suprema no le ha dado importancia y ha mantenido la norma local negando que estemos ante una expropiación (ante un *regulatory taking*).

Cinco meses más tarde, la Corte desestima un recurso que prácticamente plantea de manera directa a la pregunta de si una ordenanza urbanística (*zoning ordinance*) que destruya el valor de un terreno prohibiendo el único uso económico que sea posible en éste --por ejemplo si sólo es bueno para extraer arena y grava--es una expropiación sin compensación (*a taking without compensation*) (*Consolidated Rock Products Co. V. Los Angeles*, US (1962)). En cambio, en el temprano caso *Smith v. Ames*, US (1898) la Corte Suprema hacía tambalear el test de la disminución del valor y aprueba una regulación sobre pagos que una utilidad pública tiene derecho a que el propietario pueda reclamar la devolución en pago al precio justo por la inversión que ha realizado. *Smith* es la base para que la Corte Suprema en *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.*, US (1944) se pregunte directamente si el efecto total de la tasa es injusta e irracional, un *standart* que sólo la estructura de tasas más confiscatoria tendrá dificultades en alcanzar.

En 1978, la Corte Suprema reafirma la práctica del análisis ad hoc respecto los regulatoru takings en el caso: *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, US (1978). Como es sabido la Corte en este supuesto permitió a la ciudad de Nueva York que prohibiera la construcción de un edificio de 53 pisos justo encima de la Grand Cental Station, un edificio histórico, en la isla de Manhattan de la ciudad de Nueva York. Esta prohibición la ciudad la basa en el hecho de que ésta forma parte de un amplio plan que tiene por fin preservar los valores históricos y estéticos de ésta y no hay dudas de que Gran Cental Station tiene desde luego esa virtud.

Estaríamos ante otro tipo de caso si lo que hubiera hecho la norma local hubiese sido permitir a otra compañía, y no a Grand Central, construir el bloque de pisos; entonces estaríamos ante un supuesto de physical invasion que es lo que ocurre cuando una norma permite que se invada la propiedad de otro para extender cables o expresar su opinión, como ocurre con los jóvenes que quieren tener un tenderete en un centro comercial para distribuir panfletos. Pero en Penn Central no ocurre esto; Grand Central Station no es la única que queda limitada si no que dentro del catálogo de la ciudad entran muchos otros edificios también históricos y claves.

La Corte Suprema en Penn Central entiende que las government's regulatory action, las acciones del gobierno local, resultarán en un beneficio económico a largo término para la ciudad en su conjunto, y beneficiará también a los "expropriated", ya que el paisaje urbano de Nueva York, con más o menos torres, atrae gente a la ciudad y crea divisas y negocios para, entre muchos otros, la Penn Central Transportation Co. (*Penn Central Transportation Co. v. New York City*, US (1978) 438).

Penn Central no es la única afectada por la Ley. *The New York Landmarks Law* se aplica a todos los edificios de 31 distritos históricos y a más de 400 construcciones. Tampoco es una víctima frecuente de este tipo de acción, añade la Corte Suprema, y ni siquiera sufre especialmente en este caso en concreto. La Corte Suprema manifiesta que la disminución del valor de la propiedad, de Grand Central, se ha limitado teniendo en cuenta los siguientes hechos: Primero, la Ley no ha intervenido de ningún modo en el uso primario del terreno de la Penn Central que es ser una terminal ferroviaria, incluido espacio para oficinas y concesiones. Segundo, no todo el desarrollo del espacio aéreo encima de la Grand Central se ha prohibido categóricamente; y tercero: la ciudad de Nueva York ha dado a la compañía valiosísimos "transferable development rights" que pueden ser utilizados en sus otras parcelas de los terrenos adjuntos.

Cualquiera que sean los perjuicios que Penn Central pueda decir que ha sufrido después de que se hayan tenido en cuenta estas circunstancias, la Corte Suprema, no tiene intención de considerarlos compensables. Esto es especialmente grave para Penn Central si se recuerda, aunque casi no hace falta, que si en cualquier ciudad el valor del terreno y el derecho a edificar son fuente de gran riqueza, en Nueva York, y en la isla de Manhattan ya supera la imaginación de cualquiera.

Pero esto a la Corte Suprema no le preocupa demasiado. Tribe justifica este enfoque, a mi entender con buen criterio: "*Governmental regulation - by definition- involves the adjustment of private rights for public benefit*". Coincidimos con esta opinión de que las normas del government

deben ajustar los derechos privados con el beneficio público y cuando observa que si se tuviera que indemnizar cada vez que una ley recortara un posible beneficio económico, entonces sería lo mismo que obligar al gbt a regular a través de la compra (“*would effectively compel the government to regulate by purchase*”). Y como el mismo Tribe destaca “*it has long been recognized that such a regime would be unworkable*” (Tribe, 1988: 596-597). Ésto no sería viable y asimismo lo han apuntado dos decisiones ya tradas aquí *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, US (1978) y *Pennsylvania Coal Co. V. Mahon*, US (1922) (1988: 597)

Resumiendo, el resultado de *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, US (1978) es que se acaba por establecer un test que después es adoptado en varias decisiones posteriores y aceptado por gran parte de la doctrina y que el profesor Tribe resume así: La Corte Suprema de Estados Unidos es difícil que considere que estamos ante un taking, ante una expropiación, cuando la regulación (i) responda a un interés público, (ii) no llega a destruir ningún elemento reconocido del cupo de los derechos de propiedad, (iii) deja mucho del valor comercial de la propiedad sin tocar, y (iv) incluye como mínimo algunos beneficios recíprocos.

A nosotros nos interesa destacar que en el caso *Penn Central Station* no se emplean – o no se emplean tan sólo– los criterios mercantiles. También nos importa resaltar que el test de la disminución del valor se ha entendido desde la perspectiva de que en este caso lo importante es que la empresa puede seguir ejerciendo su actividad económica principal que es la de trasladar personas en los trenes, hacer de estación. Este criterio nos parece óptimo. Si se hubiera aplicado en *Loretto* (1982), unas simples cajas en los tejados de las casas no se hubieran considerado expropiación.

Un año más tarde, en *Andrus v. Allard*, US (1979), en el caso de las plumas de águila imperial – en el que la prohibición de su venta no se considera expropiación– la Corte Suprema destaca que no estamos ante un taking porque la regulación permite a los propietarios otros usos remuneratorios de esa propiedad – por ejemplo exponiendo éstas y cobrando tickets para admirarlas. En el sorprendente caso *Andrus v. Allard*, US (1979) no se considera una expropiación la norma que establece la prohibición de vender y comerciar con plumas de pájaros clasificados como especies protegidas y que se han adquirido legalmente ya que la Corte considera que otros intereses dentro del régimen de la propiedad prevalecen – como lo es proteger el medio ambiente. La Corte Suprema apunta que no se ha destruido todo el valor económico porque a los propietarios todavía les queda exponer las plumas del águila imperial y hacer pagar por ver tal exhibición.

El test de la disminución del valor es un test razonable si se aplica desde la perspectiva de *Penn Central*, en el que además se tuvieron en cuenta otros elementos, como el interés público, lo general de la norma, el límite impuesto... , en fin, se aplicó lo que hoy se conoce por el balancing test que nosotros consideramos apropiado. En cambio si el test de la disminución o destrucción del valor se aplica así sin más, per se, entonces sí que las cosas se complican y no creemos que sea un test, aplicado per se, adecuado.

Esto es lo que ocurre en *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, US (1992). En este caso se establece virtualmente una norma *per se* (*per se rule*) que invalida las “*confiscatory regulation*” que prohíben todos los beneficios económicos en el uso del suelo (Sullivan, 2001: 490). En *Lucas* (1992) lo que sucede es que el Sr. Lucas paga cerca de un millón de dólares por un par de parcelas en las cuales planea construir casas unifamiliares. En 1988 sus planes se ven destruidos (“*were brought to an abrupt end*”) cuando la Ley de South Carolina, *The Beachfront Management Act*, una ley anti-erosión, impide al Sr. Lucas construir cualquier edificio habitable permanente en sus dos caras parcelas. Una corte estatal ordinaria dispone que la prohibición “ha privado al Sr. Lucas de cualquier uso razonable de las parcelas” y declara éstas sin valor (“*valueless*”). Por lo tanto, considera que existe una expropiación y ordena que se le indemnice en base a la just compensation clause, para horror del estado de South Carolina, con más de un millón de dólares. La Corte Suprema del estado revierte la decisión de la corte inferior partiendo de la teoría de que cuando una regulación se diseña “para prevenir un daño público serio” (*public serious harm*) no se debe ninguna indemnización (“*no compensation was owed*”) sin importar los efectos de la regulación en la regulación tenga en el valor de la propiedad. La Corte Suprema de Estados Unidos revierte de nuevo el caso.

El Juez Scalia (también en su día nombrado por el Presidente Reagan), exponiendo la opinión de la Corte Suprema, primero reflexiona que Pennsylvania Coal apenas ofrece pistas para determinar cuando y bajo qué circunstancias una determinada regulación se considerará que va “demasiado lejos” en relación a la quinta enmienda. Así, sigue pensando Scalia, durante setenta extensos años de exitosa jurisprudencia de regulatory takings, la Corte Suprema ha adoptado cualquier forma establecida para determinar “cuán lejos es demasiado lejos” (“*how far is too far*”) decantándose por una inquisición *ad hoc* (*Penn Central*). “Hemos”, continúa el Juez, “sin embargo, descrito por lo menos dos discretas teorías de “regulatory action”, de acción reguladora, como compensables sin recurrir al test del caso específico (*case-specific inquiries*) en relación al interés público...”. La Corte Suprema en esta decisión manifiesta que estas soluciones generales, que evitan recurrir al caso concreto, son dos. La

primera, incluye regulaciones que obligan al propietario a sufrir una invasión física permanente en su propiedad (la *per se rule* que se establece en *Loretto* es un ejemplo). En general, escribe el Juez Scalia, por lo menos puede afirmarse en cuanto a las invasiones permanentes, no importa lo pequeña que sea la intrusión, y no importa cuál sea el peso del interés público que haya detrás, se exige indemnización en estos casos (porque se consideran una expropiación como ya se ha descrito en este capítulo).

La segunda situación es cuando la regulación niega todos los posibles beneficios económicos o uso productivo del suelo. “Como ya hemos dicho en numerosas ocasiones, la quinta enmienda es violada cuando la regulación sobre el uso del suelo no responde a un interés substancial legítimo del estado o niega a un propietario el uso económico de su tierra (*‘does not substantially advance legitimate state interests or denies an owner economically use of his land’*)”. Asimismo del texto de la sentencia se deduce que a juicio de la Corte Suprema, cuándo se dá la total negación del suelo se determina no en base a criterios generales, sino desde el punto de vista del propietario, para éste la ley le supone la ruina.

La Corte Suprema, liderada por Scalia, declara que estamos ante una expropiación. A su juicio, para que South Carolina pudiera ganar el caso necesita algo más que alegar que existe una ley que declara que el uso que Lucas pretende hacer es inconsistente con el interés público. El estado debería, sugiere la Corte, haber basado su caso en una acción de daños vinculada al common law – y se entiende que sólo si se dieran estos daños podría el estado parar al constructor.

Esta decisión choca con gran parte de la doctrina que entiende que el derecho a edificar, como en España, no tiene porque formar parte del uso tradicional de la propiedad privada⁶⁸. En la misma Corte Suprema existen opiniones discordantes contundentes. El Juez Kennedy apunta, en su dissenting que, a su juicio las expectativas razonables deben ser entendidas a la luz de toda la tradición legal norteamericana y añade que el common law de daños es demasiado estrecho para confinar todo el ejercicio del poder regulador de los poderes públicos, en una sociedad compleja e interdependiente. Para el Juez Kennedy, la clausula de los takings no exige un cuerpo estatico de toda la propiedad

⁶⁸ Vid.: F. Michelman, “Property as a Constitutional Right”, *Wash & L.L. Rev.* 38 (1981) 1097-ss; A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999); y también del mismo autor: F. Michelman, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law”, *Harv. L. Rev.* 80 (1967) 1165-ss.

estatal. La propiedad de la costa es tan frágil, concluye, que requiere que el Estado vaya más lejos en su regulación. Según el Juez Kennedy no estamos ante una expropiación.

El Juez Stevens también califica la decisión mayoritaria de demasiado rígida y demasiado estrecha, denunciando que esta decisión va a congelar el poder del estado para legislar de acuerdo con los intereses generales y recuerda que hace más de un siglo ya, en *Munn v. Illinois*, US, la Corte Suprema ya sostuvo que “la gran misión de las leyes es remediar los defectos del common law y adaptarlo a los cambios en el tiempo y las circunstancias. Esta sentencia, concluye Stevens, significa volver a la era *Lochner*, donde los derechos del common law (derechos del empresario como los de establecer contratos inhumanos en base a la libertad contractual) fueron inmunes a la revisión por parte del estado o la federación. Esta decisión, acaba el juez, “no deja espacio para el cambio, ni permite respuestas cuando las circunstancias canvien” (“*It would allow no room for change and response to changes in circumstance*”).

Desde luego, la decisión mayoritaria de la Corte Suprema, si se tiene en cuenta que en Estados Unidos la mayoría de playas no permiten el acceso del público en general -- pertenecen en muchas ocasiones a una sola familia exclusivamente--, y el ritmo exponencial de actuaciones contaminantes que realiza este país --sin contar los bombardeos-- destrozando el medio ambiente no sólo de su suelo sino también de países vecinos y no tan vecinos, es desesperante. Como apunta Kathleen Sullivan, “en base a qué fuente constitucional basa su decisión el Juez Scalia?”. Y la autora a continuación razona: “¿Si el texto de la Constitución no lo habilita, ni tampoco el intento de la “*founding generation*” – entendemos que se refiere a “los padres de la Constitución”--, puede esta ausencia arreglarse con la siguiente propuesta, la de que la comprensión de los ciudadanos, en relación al contenido, y el poder del estado sobre, los derechos patrimoniales, que ellos adquieren cuando obtengan el título de propiedad?” “¿Por nuestra cultura constitucional?” “¿Son estas categorías sobre las que normalmente se basa el Juez Scalia fuente de autoridad que permitan confiar en el texto de la Constitución y en la historia? (Sullivan, 2001: 493).

Esta decisión se considera que establece una *per se* rule en el test de la negación de cualquier beneficio económico porque aplica este test sin tener en cuenta ningún otro factor, como que hay una negación del valor económico que la propiedad tenía para este propietario en concreto, un constructor, pues estamos ante una expropiación, y para nada se tienen en cuenta otros factores o modelos alternativos de desarrollo más en paz con el medio ambiente.

Continuando con una explicación general sobre el test de la disminución del valor mencionamos unos cuantos criterios más empleados por la jurisprudencia norteamericana. La Corte Suprema ha permitido la total destrucción del valor de la propiedad sin que se dé una izc si ello ha sido justificado a raíz de la insistencia del propietario en usar su propiedad de modo que dañe otras personas o a su propiedad. En estos casos de uso nocivo o dañoso de la propiedad el puede requerirse al usuario ofensivo que pare y en el caso que rechace su propiedad puede ser incautada con el fin de garantizar civismo. Ya en el diecinueve aparecen dos ejemplos: En *Northwestern Fertilizing Co. v. Hyde Park*, US (1878), la Corte Suprema mantiene como válida la norma que prohíbe una planta de reproducción de animales en un área residencial. *Mugler v. Kansas*, US (1887) acaba con una empresa de cerveza cuando declara válida la ley estatal que prohíbe la venta de alcohol y *Silgh v. Kirkwood*, US (1915) con una de naranjas cuando aprueba la Ley estatal que prohíbe la exportación de naranjas no maduras. *Northwestern Laundry v. Des Moines*, US (1916) considera el humo denso un perjuicio y considera válida la norma que lo prohíbe. Y *Arcara v. Cloud Books Inc.*, US (1986) permite que se cierre por un año un local de negocios, una librería para adultos, en la que se realizaban ciertos encuentros que facilitaban la prostitución. En la sentneicia también se cuestionó sobre la libertad de expresión. En estos casos no es que se disminuya el valor de la propiedad, sino que se destruye por completo, sin embargo las regulaciones se consideran constitucionales, y no *takings*, porque las circunstancias y uso inapropiado de la propiedad, justifican tales acciones.

Esta norma se aplica incluso cuando es el dañado el que se haya acercado a la molestia. Siempre será el causante del daño el que pagará. El caso *Hadadech v. Sebastian*, US (1915) fue un caso extremo. En él la Corte Suprema sostiene que una industria de ladrillos ubicada en un inicio más que lejos de Los Ángeles puede ser cesada sin compensación implicando la disminución de valor de la propiedad que pasa de valer \$800,000 a \$60,000, cuando el desarrollo de la ciudad (“progress” cita exactamente la sentencia) y los límites de la ciudad finalmente la alcanzan --Aquí queremos recordar que en España sucede lo mismo a menudo. Un ejemplo lo es el del caso de la granja de cerdos a las afueras que cuando los vecinos construyen residencias en los terrenos colindantes la corte ordinaria ordena el fin de las actividades molestas.

La sentencia *Hadadech v. Sebastian*, US (1915) basa su razonamiento en el caso *Reinman v. Little Rock*, US (1915) que sostiene la prohibición de una caballeriza consolidada en un área de la ciudad. En *Laurel Hill Cemetery v. San Francisco*, US (1910) ocurre lo mismo. Un cementerio que antes quedaba bien lejos de la ciudad ahora se ve obligado a cesar sus actividades cuando las casas lo alcanzan.

Ninguno de estos casos contempla indemnización alguna a pesar de que son los dañados los que se acercan a la molestia y a pesar de que ello equivale a una disminución o destrucción del valor de la propiedad.

Tampoco en *Northwestern Fertilizing Co. v. Hyde*, US (1878) se otorga compensación cuando la Corte Suprema niega que estemos ante una expropiación compensable cuando la ciudad clausura una compañía de fertilizantes que ya se había trasladado, a raíz de un acuerdo con el government, de Chicago a lo que entonces era un sitio desolado y deshabitado. La Corte fue intransigente: “*If population, where there was none before, approaches a nuisance, it is the duty of those liable at once to put an end to it*”. Es decir, por más que la industria se haya apartado si con el tiempo la ciudad se aproxima, el principio de quien contamina paga, sigue rigiendo. La industria debe tomar medidas para eviat molestias y pagar por ello por más que el valor de la propiedad disminuya. La Corte Suprema confirma esta decisión en *Pierce Oil Co. v. Hope*, US (1919) y llega a la misma conclusión en la sentencia *Dobbins v. Los Angeles*, US (1904). Existen muchos casos sobre este tema, el de la disminución del valor de la propiedad no indemnizable ya que se ha impuesto para evitar molestias a los vecinos. De todos ellos vamos a hablar en el apartado que sigue, por lo tanto, no los vamos a repetir aquí y allí nos remitimos.

En cuanto a tan sólo la disminución del valor, y no destrucción del valor, repetimos que esto, en la mayoría de los casos se ha permitido. Así, en el caso *Agins v. Tiburon*, US (1980) en el que en una regulación urbanística sobre terreno abierto (open-land zoning) se limita significativamente el valor económico de algunas adquisiciones residenciales, con el fin de garantizar un desarrollo de la explotación del suelo coherente y una política medioambiental. El plan urbanístico se consideró unánimamente como una regulación y punto, no era un *regulatory taking*. A juicio de la Corte ningún elemento clásico fue totalmente destruido, mucho del valor se preservó, y los propietarios podían esperar a largo término tanto como lo que estaban perdiendo. 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 dominio público (*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 *interim* hecho.

La cuestión de si un estado puede decir que 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 se argumenta que la mayoría ha malentendido la decisión de la corte inferior: a su entender no ha habido un juicio final que 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* sea 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 dolares 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 *emminent domain* en el futuro cuando el *regulatory taking* es temporal y reversible y el gbt 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 gbt 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.

Nos remitimos al apartado anterior sobre las invasiones físicas en cuanto a la descripción de la disminución del valor que supone una invasión y los criterios descritos allí que no vamos a repetir.

(xi) En España la disminución del valor económico de la propiedad que se imponga en base a criterios medioambientales se considera una regulación de la propiedad constitucional.

-En cuanto a la propiedad agraria, la jurisprudencia constitucional ha establecido que debe asegurarse un desarrollo sostenible del campo. Consiguientemente, no se ha considerado inconstitucional ni puede calificarse de expropiación --que lleve a indemnización-- el Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas que se impone a partir de la Ley de la Reforma Agraria de Andalucía. 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).

-Por otro lado, el Tribunal Constitucional establece una serie de criterios respecto los arrendamientos rústicos en la sentencia del Tribunal Constitucional 8/1982⁶⁹. 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

⁶⁹ 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 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.

Tribunal Constitucional subraya que la restricci3n de los efectos conectados al contrato hay que ponerla en el legtimo l3mite que a la autonom3a de la voluntad supone, primero, la fijaci3n de una duraci3n m3nima de los contratos y, despu3s, las pr3rrogas 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 dem3s que constituyen la propiedad agraria, configuran el derecho y con ello determinan los l3mites dentro de los cuales podr3 ejercerse dicho derecho, seg3n la concepci3n que fluye del art3culo 33.2 de la Constituci3n”. Y de ello se deduce que la regulaci3n que establece la Ley es una delimitaci3n constitucional del derecho de propiedad agraria conforme a la Constituci3n y que no debe entenderse como expropiaci3n (que acarree indemnizaci3n) si no como una mera regulaci3n leg3tima de acuerdo con su funci3n social: “Se configura as3 una modalidad contractual del arrendamiento r3stico en la que relevantes aspectos de su contenido -en lo que ahora importa, la duraci3n del contrato—se regulan por la norma y no por la libre voluntad, que, de acuerdo con la funci3n social de la propiedad, ha determinado que la estabilidad del arrendatario prevalezca sobre el inter3s del arrendador” (STC 8/1982, FJ 5). Ahora bien, el inter3s del arrendatario prevalece ante el del arrendador debido a unos objetivos concretos: la protecci3n de la funci3n social de la propiedad agraria en general y en concreto el desarrollo del campo en concordancia con el uso tradicional de 3ste.

En el fundamento jur3dico sexto de la sentencia se cuestiona tambi3n si el precepto en disputa entra3a una violaci3n al principio de igualdad que proclama el art3culo 14 de la Constituci3n: “en cuanto ordena un tratamiento jur3dico diferenciado para los cultivadores personales, en los t3rminos que define el art3culo 16 de la Ley, tratamiento que comporta beneficiarse de la pr3rroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario hasta alcanzar el arrendamiento una duraci3n m3xima de veinti3n a3os, aunque en la Ley anterior fuera 3ste 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 art3culo 14 de la Constituci3n) ni desde valoraciones formales ni desde an3lisis sustanciales. Esta diferencia se justifica, se precisa en la sentencia, en base a la funci3n social de la

propiedad privada⁷⁰.

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 suma, de la jurisprudencia constitucional se extrae que las cuestiones medioambientales también son prioritarias. Prueba de ello es el caso en que 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)⁷¹. 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 recurrente⁷²; todo lo contrario: la planificación asegurará un uso racional de la finca⁷³ (FJ 2). La finca

⁷⁰ FJ 6: “... 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).

⁷¹ 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).

⁷² 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.

⁷³ 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

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 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.

(xii) 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. Ello implicará, en muchos casos, una disminución económica de determinados terrenos --en los que ya no se podrá edificar-- legítima y constitucional.

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 por más que ello implique una disminución del valor económico de esa propiedad ((sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 3)).

(xiii) 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 les

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)).

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 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) cuestiona la modificación urbanística. 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 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)).

(xiv) Una norma que regule el derecho de propiedad urbana no será anulada, por más que se disminuya el contenido económico, si no se demuestra que ésta es arbitraria o si ha incurrido en error.

En la misma decisión 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...” ((sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) 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 (sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 8))⁷⁴.

⁷⁴ 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 esto 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

(xv) *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 y ello es posible a pesar de que pueda llegar a disminuir el valor económico de la propiedad.*

-La conocida sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo)⁷⁵ 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. Ello, obviamente, puede suponer una disminución del valor económico de la propiedad importante.

Dada la complejidad del caso el Tribunal Constitucional decide responder a algunas cuestiones

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 y además se entiende, que no tiene porque ser en una procedimiento expropiatorio (sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 8)).

⁷⁵ 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 junio⁷⁵. 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 sobre la materia en el plazo de un año⁷⁵. 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.

previas en los primeros fundamentos jurídicos. En ellas el Tribunal Constitucional realiza una serie de definiciones respecto al 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 regule⁷⁶ (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (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.

-El Tribunal Constitucional declara que 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 edificación⁷⁷ (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del

⁷⁶ En el presente estudio no se van a discutir las cuestiones competenciales a las que responde la sentencia que son muchas 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)).

⁷⁷ “[...] 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

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 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.

-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))⁷⁸.

-El derecho de propiedad urbana está especialmente vinculado a la libertad de empresa y ambos

del Suelo) (FJ 6, a))

⁷⁸ En el artículo 4.1 del TRLS se establece, afirma el Tribunal Constitucional, que la dirección y control de la gestión urbanística quede en manos de la Administración competente y no del mercado: “El art. 4.1 establece que la dirección y control de la gestión urbanística corresponde, en todo caso, a la Administración urbanística competente”. El Tribunal apunta que no estamos ante una cuestión competencial, ya que al referirse el artículo 4.1 TRLS a la “administración competente” lo que está haciendo es remitirse a la distribución competencial correspondiente (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). Exactamente el Tribunal Constitucional dispone que: “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)). Con ello se sustrae “la dirección y el control del proceso urbanizador de la iniciativa privada”.

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. Ésa regulación es también una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución --y no conlleva indemnización por más que pueda implicar una disminución del valor de la propiedad. 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))⁷⁹. 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))⁸⁰.

-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

⁷⁹ “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)).

⁸⁰ 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)).

tanto no derivarán en una indemnización⁸¹. 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)).

(xvi) La "no adquisición del derecho a edificar" y los "efectos de la extinción del derecho a edificar", aunque disminuyan el valor económico de la propiedad, son una regulación del derecho de propiedad urbana constitucional que no exigen indemnización.

En el apartado primero de la sentencia 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo), se cuestionan los artículos 34 y 36 del TRLS que recogen la "no adquisición del derecho a edificar" y los "efectos de la extinción del derecho a edificar" respectivamente. A nuestro entender ambos artículos pueden suponer una grave incisión en el derecho de propiedad urbana, por lo menos a simple vista, y si no se incluye la cláusula de la función social ni la indemnización correspondiente a raíz de un proceso expropiatorio. El Tribunal Constitucional, en un inicio también lo ve de este modo: "Estos preceptos, atinentes al derecho a edificar como facultad inherente al derecho de propiedad urbana, contienen una regulación que responde a la misma lógica de los arts. 27, 30 y 31 relativos al derecho al aprovechamiento urbanístico, y a los que ya nos hemos referido" pero concluye que estamos ante una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 i))⁸².

⁸¹ 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)).

⁸² Estamos también ante una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución cuando

-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))⁸³.

-Las normas que regulan: la edificación sin licencia e incompatible con el planeamiento; sin licencia, pero compatible con el planeamiento; conforme a licencia que luego se declare ilegal; conforme a licencia y ordenación urbanística, pero excediendo del correspondiente aprovechamiento urbanístico, son también delimitaciones del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución y que no llevarán ni a que se inicie un procedimiento expropiatorio, ni a que se establezca la correspondiente indemnización (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 k))⁸⁴.

se realiza una solicitud de licencia dentro de plazo pero disconforme con el ordenamiento urbanístico, --con el propósito de eludir el incumplimiento formal de la sujeción a plazo pero presentando un proyecto constructivo no ajustado al planeamiento o legislación urbanística--y la Ley establece que en ese caso tampoco se obtendrá el derecho a edificar --al no obtener la licencia, que es cabalmente la que determina la adquisición de tal derecho. El art. 34 TRLS -por contraste o comparación con el art. 30.1- sale al paso de una situación diversa pero con idénticos efectos: la solicitud de licencia dentro de plazo pero disconforme con el ordenamiento urbanístico, con el propósito de eludir el incumplimiento formal de la sujeción a plazo pero presentando un proyecto constructivo no ajustado al planeamiento o legislación urbanística, conduce igualmente a la no adquisición del derecho a edificar al no obtener la licencia, que es cabalmente la que determina la adquisición de tal derecho. A pesar de que el Tribunal Constitucional entiende que Estado se extralimita competencialmente, por otro lado éste entiende que la Administración que lo regule estará realizando una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 i)).

⁸³ Es el art. 35.2 TRLS el que los establece. Para analizarlo antes es preciso reconocer la ratio que anima al precepto combatido no se opone al art. 149.1.1º C.E. En efecto, manifiesta el Tribunal Constitucional, la configuración de una facultad básica -aquí el derecho a edificar (artículos 33 y ss. TRLS)- como un derecho-deber de carácter temporal, sometido a plazo, y en el que la dimensión del tiempo constituye un elemento determinante al servicio, en última instancia, según afirma el Preámbulo de la Ley 8/1990, de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general y de la lucha contra la especulación, encaja en las condiciones básicas a que se refiere el art. 149.1.1º C.E. Esta regulación del derecho de propiedad urbana y de su función social es una de las opciones posibles que al legislador le es lícito establecer - y que puede regular el Estado, continúa el Tribunal, "al amparo de aquel título competencial" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 j)).

⁸⁴ Los artículos 38 a 41 son los que regulan los supuestos descritos. Los artículos impugnados, declara el Tribunal Constitucional, no hacen sino concretar los distintos casos y las subsiguientes consecuencias jurídicas anudadas en que puede encontrarse la edificación del propietario en relación con la licencia, que se convierte así en el punto de referencia obligado (edificación sin licencia e incompatible con el planeamiento; sin licencia, pero compatible con el planeamiento; conforme a licencia que luego se declare ilegal; conforme a licencia y ordenación urbanística, pero excediendo del correspondiente aprovechamiento urbanístico). En estos supuestos estamos también ante una regulación general del derecho de propiedad no "indemnizable". El derecho de propiedad urbana, y en concreto el derecho a edificar, tan sólo se garantizará cuando se obtenga, a través de una licencia, y ésta esté conforme a la normativa, no esté caducada y sea coherente con la ordenación urbanística⁸⁴: "Lo que está en juego, en otros términos, son las condiciones para poder materializar el ius aedificandi del propietario del suelo, la obra realizada. Desde esta perspectiva, cabe concluir que la materia aquí regulada es, en primer

(xvii) La ocupación directa de una propiedad es una expropiación ya que se entiende que no queda ninguna posibilidad de uso económico al propietario, a pesar de que esta ocupación se imponga porque el propietario no estaba de antemano "aprovechando" el terreno.

La ocupación directa es una expropiación. 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 (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 29 a))⁸⁵.

El Tribunal Constitucional entiende que la ocupación directa⁸⁶ equivale en gran medida a la figura

término, el derecho de propiedad urbana y, más en concreto, una de sus facultades básicas o elementales [...] (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 k)).

⁸⁵ 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 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)).

⁸⁶ Las reglas garantizadoras mínimas de la ocupación directa se encuentran previstas en el art. 203.3 TRLS y coinciden, sustancialmente, con las contenidas en el procedimiento general o común de la expropiación forzosa contenido en la LEF y en su Reglamento ejecutivo, afirma la decisión. Así, por lo que se refiere a la regla 1ª, la publicación de la relación de terrenos y propietarios afectados no es sino fiel trasunto de la publicación del acuerdo de necesidad de ocupación, que ha de incorporar tal relación de inmuebles y de afectados, conforme determinan los artículos 20 y 21.2 de la LEF; asimismo la necesidad de notificación que dicha regla 1ª, in fine, dispone, viene también exigida por el procedimiento general expropiatorio en los

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))⁸⁷.

(xviii) En España, ante edificios históricos, como lo es en Estados Unidos la Penn Central Station, la imposición del deber de conservación que implica la disminución del valor de la propiedad –a juicio tan sólo del propietario, por las restricciones que se le imponen-- y el pago de los costes por parte del propietario no se considera expropiación sino una regulación constitucional por más que ello pueda implicar, también, una disminución del valor de la propiedad (por lo menos a corto plazo).

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

mencionados preceptos de la LEF, datos éstos a los que se añade en el caso de la ocupación directa, y precisamente en función de su singularidad, el del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada propietario y la unidad o unidades de ejecución donde podrán materializar aquel derecho. La regla 3ª, que dispone el seguimiento de las actuaciones con el Ministerio Fiscal es idéntica básicamente a la contenida en el art. 5.1 de la LEF, y finalmente, la regla 2ª, se corresponde con la formalización documental de las actas (previas a la ocupación y de pago y ocupación) que legitiman a la Administración expropiante para la ocupación de los inmuebles expropiados (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 29 a)). El apartado 1 del art. 203 TRLS se limita a describir las técnicas que aseguraran las garantías, en el caso que se aplique, ligadas a la ocupación directa (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 29 a)).

⁸⁷ 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)).

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)).

(xix) En España, ante las propiedades con intereses turísticos o culturales, no habrá expropiación, a menos que se prive de toda rentabilidad económica o utilidad privada al titular de la propiedad urbana. Es decir, a menos que haya una "destrucción" completa de la propiedad --desde el punto de vista de viabilidad económica--, en estos casos, no estaremos ante una expropiación.

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))⁸⁸. El Tribunal Constitucional subraya que en general es la propietaria la que deberá costear el precio de conservación de este tipo de propiedad tan especial a menos que se prive de toda rentabilidad económica a la propietaria y suponga una carga que rebase sus deberes constitucionales⁸⁹. El Tribunal Constitucional conecta el art. 246.2 TRLS con lo que establece el 21 de la misma norma. Éste establece los deberes básicos de uso, conservación y rehabilitación. A raíz de esta norma, sobre el propietario, de toda clase de terrenos y construcciones pesa el deber básico de mantenerlos en condiciones de seguridad,

⁸⁸ El art. 246.2 regula las "Ordenes de ejecución por motivos turísticos o culturales" y es impugnado por la *Generalitat de Catalunya* por entender que pertenece a lo que denomina "función urbanística". El tenor literal del precepto impugnado y su misma ubicación sistemática, sin embargo, mantiene el Tribunal Constitucional, ponen de relieve que se trata de regular el "deber de conservación", como inherente a la propiedad urbana, esto es, un deber que constituye una expresión de la función social de esta forma de propiedad. Sobre ese deber de conservación genérico, el precepto en cuestión añade e incorpora la perspectiva del patrimonio histórico, íntimamente unida con frecuencia a la de la propiedad urbana (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 34 b))

⁸⁹ El artículo establece, "regula", expresa el Tribunal Constitucional "el deber genérico de la propiedad urbana monumental de soportar el coste económico de las obras de conservación y reforma siempre que no supere el límite del indicado deber de conservación que le corresponda, a partir del cual la ejecución de las obras correrá a cargo de la Entidad que lo ordene". En otras palabras, el precepto fija las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad urbana y monumental obligando a su titular a soportar el coste económico de la conservación, siempre que no se rebase el límite razonablemente exigible por virtud de la función social (art. 33.2 y 53.1 C.E) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 34 b)).

salubridad y ornato público y quedarán sujetos igualmente a las normas sobre protección del medio ambiente y de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos, y sobre rehabilitación urbana (art. 21.1 TRLS). Finalmente, éste, por lo menos dispone que el coste de las obras necesarias para hacer efectivos tales deberes será sufragado por los propietarios o la Administración, en los términos que establezca la legislación aplicable (art. 21.2 T.R.L.S.). Al respecto el Tribunal Constitucional añade que “salta a la vista que se limita a formular unos deberes genéricos y mínimos que habrán de ser colmados por la legislación sectorial aplicable dictada en el marco del sistema competencial en materias como patrimonio histórico o medio ambiente, entre otras” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 34 b)).

La distinción a la que implícitamente el art. 246.2⁹⁰ en conexión con el art. 21.2 T.R.L.S. hace referencia entre intervención delimitadora del contenido del derecho (art. 33.2 C.E.) e injerencia expropiatoria (art. 33.3 C.E.) supone el reconocimiento de que el legislador, al delimitar en el presente caso los deberes inherentes a la propiedad urbana en aras de la función social (art. 33.2 C.E.), puede establecer, en virtud del interés general (aquí, por motivos turísticos o culturales; art. 246.1 T.R.L.S.), obligaciones y cargas con efectos materialmente expropiatorios por ser susceptibles de privar de toda rentabilidad económica o utilidad privada al derecho de propiedad, desbordando, en consecuencia, el contenido esencial del dominio y surgiendo entonces el deber de indemnizar (SSTC 227/1988, FJ. 11; 170/1989, FJ. 8; etc.) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 34 b))

Ciertamente, no quiere ello decir que sea el legislador estatal el único obligado o competente para fijar los supuestos indemnizatorios o la divisoria entre la delimitación del contenido y la ablación del mismo, pues ello es una obligación (art. 33.3 C.E.) que pesa sobre cualquier legislador (como se infiere, entre otras, de las SSTC 37/1987 ó 170/1989), pero es evidente que en el caso del art. 246.2 T.R.L.S. no hace sino reconocer un deber básico, (art. 149.1.1^o C.E.) y apuntar cuándo su

⁹⁰ Por su parte, el art. 246.2 T.R.L.S. en cuanto establece la existencia de un límite o frontera entre aquellos deberes de conservación que son manifestación de la función social (art. 33.2 C.E.) y aquellos otros que desbordan las exigencias de aquella y, por consiguiente, están sujetos a indemnización (art. 33.3 C.E.), entronca también con la competencia estatal en materia de expropiación forzosa en punto a la indemnización (art. 149.1.18^o C.E.), al apuntar la divisoria entre las obras no indemnizables (por estar contenidas dentro del deber de conservación que les corresponda en virtud de la función social), de aquellas otras que, excediendo de lo que le es exigible al propietario, sirven directamente al interés general, como afirma el precepto, y tienen, en consecuencia, impacto materialmente expropiatorio.

cumplimiento da derecho a indemnización (art. 149.1.18º) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 34 b)). En conclusión, estaremos ante una expropiación forzosa, únicamente, cuando “las obligaciones y cargas con efectos materialmente expropiatorios” sean tan graves que acaben siendo “susceptibles de privar de toda rentabilidad económica o utilidad privada al derecho de propiedad”.

(xx) Cuando no exista una norma o regulación que justifique el deber de conservación y reforma que se imponga a un particular, propietario de una finca “monumental”, entonces será la Administración que pretenda conservarla la que deberá pagar tal coste.

El Tribunal Supremo declara que la exigencia de conservación de un inmueble que se impone a un propietario es ajustada a Derecho pero que al no estar catalogado en ningún sentido es el Ayuntamiento el que debe pagar el precio de tal conservación (sentencia de 21 de marzo de 1989, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 3ª)).

(xxi) El derecho de propiedad está supeditado al deber de conservar el patrimonio histórico. Consiguientemente, aún cuando exista una licencia del Ayuntamiento respecto las obras, la propiedad privada puede verse limitada con el fin de proteger el patrimonio histórico y cultural, ya que ésta está supeditada a éste. En este caso el coste de conservación corre a cargo de la propietaria. No estamos ante una expropiación sino ante una delimitación del derecho de propiedad que no implica indemnización.

En la sentencia de 19 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) lo que ocurre es que una propietaria Doña MF realiza unas obras en la finca de su propiedad que colindaba con la Iglesia Prerrománica de San Pedro de Nora, en las Regueras que dañan gravemente, destruyéndola, la estética de un monumento histórico y todo ello con el permiso del Ayuntamiento. El edificio de la propietaria se encuentra colindando a un Monumento Histórico-Artístico. El Tribunal Supremo confirma la resolución que declara una que una edificación realizada a la vera de una ermita es ilegal por ser contraria a la legislación protectora del Patrimonio Artístico Nacional, a pesar de que

la propietaria contaba con una licencia del Ayuntamiento para tales obras, que después se declararon contrarias a las leyes de protección patrimonial. La resolución de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de 24 de octubre de 1986 ordena además la demolición de las obras de la apelante y a su costa, de modo que todo volviera a su estado anterior .

El Tribunal Supremo dispone que a pesar de la licencia del ayuntamiento respecto las obras, la propiedad privada puede verse limitada con el fin de proteger el patrimonio histórico, ya que la el derecho de propiedad está supeditada a éste. La demolición irá a cargo de la propietaria y más teniendo en cuenta que, a juicio del Tribunal “Las licencias de obras de los Ayuntamientos no tienen más alcance que el que deriva de su propia naturaleza y ámbito urbanístico. Éstas están siempre supeditadas, “en estos supuestos especiales a la decisión favorable de los órganos encargados de la protección de dicho Patrimonio” (sentencia de 19 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 2)).

Sus competencias, concluye el Tribunal, prevalecen sobre las del municipio en caso de conflicto al estar dirigidas las primeras a los intereses “reconocidos en el artículo 45 de la Constitución” (sentencia de 19 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 2)). Por todo ello se desestima el recurso. En este caso pues, se destuye del todo el valor de la propiedad (de una sección de la propiedad – la construcción antiestética--) pero no se considera una medida excesiva porque se examina de acuerdo con el contexto (tiene en cuenta su ubicación y se entiende que sí se permitirían construcciones menos lesivas para el paisaje urbano).

(xxii) El patrimonio histórico en manos de particulares deberá ser conservado por éstos sin que quepa indemnización. Ahora bien, para que una finca o edificio sea declarado patrimonio histórico es preciso que éste reúna tales características. Son los tribunales los que deciden en caso de desavenencias al respecto, con ayuda de los peritos, qué es patrimonio histórico.

También en la sentencia de 26 de octubre de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 5ª, Sección 4ª) se trata una cuestión sobre patrimonio histórico en manos privadas. En este caso se impugna una Resolución de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Medio ambiente, de la Junta de Extremadura de 14 de agosto de 1987, en cuanto éste incluye un Catálogo de Edificios protegidos en el

que consta el inmueble propiedad de los recurrentes: el Convento de San Andrés.

Los propietarios defienden que en el catálogo se está incluyendo sólo ruinas y restos del antiguo convento, carentes de valor históricos, artístico, científico,... excepto la portada de la iglesia, la cuál sí es merecedora de tal calificación a juicio de todas las partes. La sentencia es apelada por el Ayuntamiento de Mérida y por la Junta de Extremadura. Se trata, alegan éstos, que quieren conservar el convento, de evitar su desaparición total.

Los propietarios se oponen a tal clasificación y aportan como prueba fotografías de las "ruinas". Un perito (catedrático de Historia de la Arquitectura...), nombrado de acuerdo por las partes, confirma la sentencia apelada afirmando que tan sólo la portalada merece tal calificación, mientras que el resto, son sólo ruinas.

En la sentencia nada se dice sobre indemnización, pero se sobreentiende que la inclusión en el catálogo implica limitaciones a la propiedad que no conllevarán indemnización, que no se consideran expropiación, por eso están tan interesados los propietarios en excluir el máximo de propiedad posible de tal calificación.

De la sentencia también se desprende que la propiedad privada que tenga un valor histórico, artístico,... podrá delimitarse por parte del legislador o administración en este sentido sin que ello implique una limitación que pueda implicar una indemnización. Los objetivos que guarda la propiedad con valor histórico-artístico, es sobre todo, y hoy por hoy, su conservación (más que su explotación o maximización económica,...). La sentencia se desestima los recursos de apelación del Ayuntamiento y la Junta con lo cual los propietarios pueden conservar tan sólo la portalada del convento. Aquí adelantamos que los tribunales no siempre han acudido a los peritos para dictar sus resoluciones. En algunos casos para definir qué es medio ambiente éstos tan sólo se han basado en sus propios criterios -- como ocurre en el caso de las vallas publicitarias que vamos a ver en las líneas que siguen en el que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decide, sin tener en cuenta criterios científicos o privados, que un terreno no tiene ningún valor ecológico (sentencia de 31 de diciembre de 1990 de la Sala contencioso administrativo del TSJ de Cataluña, sección tercera). En el último capítulo vamos a hablar sobre "la carga de la prueba", sobre quién debe probar que una norma o decisión es excesiva. En este caso parece que el Tribunal, como casi siempre, no se decide por determinar en quién debe recaer esta carga.

(xxiii) En España no existe un derecho a explotar económicamente al máximo una propiedad, sino que deben tenerse en cuenta otros intereses constitucionales. Ello implica que en muchos casos no puede hablarse de disminución del valor de la propiedad porque en realidad no se está disminuyendo nada sino existe de antemano.

-Es el planeamiento urbanístico el que otorga facultades urbanizadoras y edificatorias, de acuerdo con la Ley (la LRSV), para cada clase de suelo. El Tribunal Constitucional subraya que el planeamiento urbanístico, en el contexto del art. 2.1 LRSV, es cualquier instrumento de ordenación urbanística que permita, en cada concreta ciudad, el ejercicio de las facultades urbanizadoras y edificatorias establecidas por la LRSV para cada clase de suelo (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 8)). La clasificación del suelo en distintos tipos es constitucional y tiene carácter instrumental e indispensable, delimitando así el derecho de propiedad urbana (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 12 y FJ 13))⁹¹.

⁹¹ El artículo 7 LRSV establece que: "a los efectos de la presente Ley, el suelo se clasifica en urbano, urbanizable y no urbanizable o clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística". Y el 8 LRSV que el suelo: "tendrán la condición de suelo urbano, a los efectos de esta Ley: a) El suelo ya transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar consolidado por la edificación en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística; b) Los terrenos que en ejecución del planeamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo". Estos criterios son constitucionales --y conformes a la distribución de competencias-- si no pretenden o imponen un modelo urbanístico y si su fin es asentar unas "condiciones básicas" respecto el derecho de propiedad (el artículo 8 no está imponiendo un determinado modelo urbanístico manifiesta el TCL, por lo tanto, no está invadiendo competencias) (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 12 y FJ 13)). Además, añade el Tribunal Constitucional, nada impide que para fines de gestión o de urbanización el legislador autonómico pueda superponer a la clasificación del suelo como urbano otra clasificación distinta y adecuada a los fines urbanísticos de reforma interior o de completa transformación del suelo. En estos términos no se puede afirmar que la limitada regulación del art. 7 y del art. 8 LRSV impongan a las Comunidades Autónomas un modelo urbanístico determinado (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 12 y FJ 13)).

(xxiv) 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 por más que lleve a una disminución económica de la propiedad. La valoración se realizará, y se considerará válida, ponderando varios intereses, los públicos y los privados.

Estos dos criterios mínimos, además, sirven así como criterios mínimos de igualdad de todos los derechos de propiedad sobre este tipo de suelos. La clasificación del suelo como no urbanizable presenta ya muchos problemas porque en estos casos el propietario sí que puede ver ya realmente mermados su derecho de propiedad urbana sin que se le otorgue en muchos casos indemnización⁹². El precepto impugnado, en su redacción de 1998⁹³, establece dos criterios directos para la clasificación del suelo como no urbanizable: que el suelo sea incompatible con la transformación urbanística y que sea inadecuado para un desarrollo urbano. Estos dos criterios mínimos o elementales de clasificación sirven así como criterios mínimos de igualdad de todos los derechos de propiedad urbana sobre este tipo de suelo (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 14 b))⁹⁴.

-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

⁹² La Ley establece en el art. 9 LRSV que se entiende por suelo no urbanizable: "Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. 2.ª Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano"

⁹³ En el momento de tramitarse los presentes recursos, el art. 9 LRSV fue además modificado parcialmente por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes. Éste suprime íntegramente el último inciso del párrafo 2 ("así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano"). Esta modificación normativa, sin embargo, no añade nada a la discusión que realiza el Tribunal Constitucional.

⁹⁴ El Tribunal Constitucional aclara que, la efectiva clasificación del suelo como no urbanizable no deriva automática e inmediatamente de la fijación de un "régimen de especial protección" sino que depende, en todo caso, de que el órgano público competente para la clasificación del suelo efectivamente concluya que el régimen especial de protección previamente establecido exige la clasificación del suelo como no urbanizable. Es el titular de cada competencia quien identifica y valora la importancia de un fin o valor para establecer un régimen especial de protección (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 14 b)).

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))⁹⁵.

-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" ⁹⁶-- es una delimitación constitucional del derecho de propiedad (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 15))⁹⁷.

(xxv) Por otro lado, una clasificación del suelo en la que no primen los criterios medioambientales

⁹⁵ Es el art. 9.2 LRSV el que establece como criterio de clasificación del suelo como no urbanizable la inadecuación para un desarrollo urbano. El juicio de adecuación corresponde, en todo caso, al órgano competente para la clasificación. La deficiente adecuación puede traer causa de valores o fines que hagan necesaria la preservación del suelo (el propio art. 9.2 LRSV enuncia los valores agrícola, forestal, ganadero, así como la riqueza natural) o de otras circunstancias. Es el planeamiento el que establece los criterios sobre cuándo un terreno es adecuado, o no, para un desarrollo urbano, remitiendo de esta forma la clasificación del suelo al planificador urbanístico (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 14 b)).

⁹⁶ En el fundamento jurídico 16 se establece además que es conforme a la Constitución también el artículo 11 LRSV: "En los municipios que carezcan de planeamiento general, el suelo que no tenga la condición de urbano de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 8, tendrá la consideración de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley" (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 16)). El art. 11 LRSV permite, concreta el Tribunal Constitucional, entre otras, la siguiente interpretación: allí donde no hay planeamiento general, y donde el suelo no está transformado con los requisitos del art. 8 LRSV (suelo urbano), la única clasificación posible del suelo es la de "no urbanizable". Conforme a esta interpretación el Estado habría impedido aquí la existencia de otras clases de suelo (en especial, de clases de suelo donde es posible la transformación urbanística) allí donde no existe planeamiento general. Las reglas de la hermenéutica permiten concluir, subraya el Tribunal Constitucional, que la referencia al "planeamiento general" ha de entenderse hecha —de forma similar a como dijimos en el FJ 8 respecto del término "planeamiento"—a cualquier instrumento de ordenación urbanística que cumple la tarea de clasificación del suelo, llámese ese instrumento de clasificación "plan" (general o no), "proyecto de ordenación", o de cualquier otra forma. De este modo sería posible —conforme a la regulación urbanística de cada Comunidad Autónoma—la existencia de suelo susceptible de transformación o urbanización en virtud de instrumentos de ordenación urbanística distintos de los planes generales. Y por ello, así interpretado, el art. 11 LRSV es conforme con el orden constitucional de competencias, y en general con la Constitución (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 16)).

⁹⁷ El artículo 10 LRSV dispone realmente una acotación del derecho propiedad urbana importante: "El suelo que, a los efectos de esta Ley, 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". La transformación del suelo urbanizable, además, tendrá lugar "en los términos establecidos en la legislación urbanística y planeamiento aplicable". Será cada Comunidad Autónoma —y en los términos que cada una disponga, el órgano encargado de la ordenación o planificación urbanística—quien determine en qué forma y a qué ritmo el suelo urbanizable debe engrosar la ciudad (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 15)).

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. En la valoración deben coexistir varios intereses.

El Tribunal Constitucional explica que la clasificación residual del suelo como urbanizable sólo actúa en defecto de la expresa clasificación como suelo no urbanizable, opción ésta última que sustancialmente corresponde a cada Comunidad Autónoma⁹⁸. La clasificación residual del suelo como urbanizable, en la forma en que lo hace el art. 10 LRSV, no impone ni el cómo ni el cuándo de la transformación del suelo: la conformidad del suelo urbanizable con el medio ambiente resultará de las decisiones (autonómicas y, complementariamente, locales) sobre volumen edificatorio, usos e intensidades. A partir de estas premisas, en forma alguna se puede identificar en el art. 10 LRSV, escribe el Tribunal, una petrificación de los valores ambientales a favor del desarrollo económico (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 15)). Pero nosotros creemos que tampoco se está dando prioridad al medio ambiente, y que ello no lleva a la nulidad de la norma.

-En cambio, el Tribunal Constitucional interpreta que 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))⁹⁹.

⁹⁸ El grupo de Diputados critica el hecho de que en el artículo 10 LRSV primen los objetivos de desarrollo económico, frente a la protección ambiental garantizada por el art. 45 CE. El Tribunal Constitucional entiende que esto no ocurre. Los argumentos ya expuestos en el apartado anterior conducen derechamente a la desestimación de este motivo de inconstitucionalidad. Los grupos medioambientales – por lo menos los catalanes, como DEPANA que engloba gran parte de las ONG catalanas sobre medio ambiente-- desde luego hubiesen preferido que el suelo no clasificado se considerase no urbanizable – y no solamente “suelo urbanizable”.

⁹⁹ Los recurrentes creen que la disposición 13 LRSV que establece que: “Los propietarios de suelo urbano tienen el 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” vulnera, entre otros, el principio de igualdad por discriminación arbitraria. Las comparaciones que establecen los recurrentes son: La diferencia entre las facultades urbanísticas de los propietarios en suelo urbano consolidado y no consolidado y las facultades urbanísticas de los propietarios en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable. A juicio del Tribunal Constitucional las dos comparaciones quedan fuera del alcance del art. 14 CE: “Ciertamente es que está vedado al legislador, según jurisprudencia de este Tribunal, conceder un trato distinto a personas que se encuentran en la misma situación (entre otras, SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 31/1984, de 7

(xxvi) En general, sin embargo, el medio ambiente es un criterio que habilita para una disminución del valor económico de la propiedad.

Los intereses medioambientales, así como otros de carácter público – como viales—pueden resultar en limitaciones económicas en la propiedad no indemnizables. La disminución del valor de la propiedad que puede consistir incluso en la cesión gratuita de terrenos no se considera una regulación excesiva si está justificada por el interés público (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 21))¹⁰⁰. En esos

de marzo, FJ 10; STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1; 24/1993, de 21 de enero, FJ 3; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 59/1997, de 18 de marzo, FJ 3; 181/2000, de 29 de junio, FJ 11; y AATC 40/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 299/1997, de 15 de septiembre, FJ 2) (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)). Pero en este caso no se da tal discriminación.

El Tribunal Constitucional es realmente claro al respecto. El art. 13 LRSV no discrimina porque “no trata de forma desigual a las personas en razón de su condición; no selecciona una circunstancia personal o social de los individuos para anudar a ello consecuencias jurídicas diferenciadoras” (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)). El artículo establece el estatuto jurídico de la propiedad en el suelo urbano, y lo hace diferenciándolo del estatuto jurídico propio del suelo urbanizable. Ello es, a juicio del Tribunal Constitucional, “una regulación objetiva de la propiedad del suelo al margen de toda condición o circunstancia personal o social” (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)). En la regulación del art. 13 LRSV no se excluye a una persona determinada. No se impide a ésta que pueda disfrutar de los derechos a completar la urbanización y a edificar en suelo urbano. El artículo tampoco concede derechos a ningún sujeto en razón, precisamente, de sus características personales o sociales. Quién sea titular en cada momento de los derechos a urbanizar y edificar en suelo urbano es una circunstancia ajena al artículo. Y por lo mismo “en forma alguna se puede trazar un juicio de discriminación ex art. 14 CE” (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)).

¹⁰⁰ 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, por más que ello implique una disminución del valor económico, en un inicio, de la propiedad (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 21)). Es el artículo 14.2 LRSV el que lo establece: “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”. El precepto no es inconstitucional desde el punto de vista competencial (ni desde ningún otro punto de vista se entiende ya que el Tribunal Constitucional no dice lo contrario). Debe subrayarse que el artículo habla de ceder *obligatoria y gratuitamente* a la Administración (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 21)).

Tampoco es inconstitucional otro supuesto parecido, el que establece la letra c) del art. 14.2 LRSV. Esta norma establece el deber de los propietarios de suelo urbano no consolidado de “ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del correspondiente ámbito; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo”. El art. 14.2 c) LRSV impone hoy, manifiesta el Tribunal Constitucional, como norma de igualdad de los propietarios de suelo urbano consolidado, un máximo de cesión de suelo: el correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico patrimonializable. O descrito desde su otra vertiente, el art. 14.2 c) LRSV garantiza a los propietarios de suelo urbano no consolidado al menos el 90 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 22)). El art. 14.2 c) LRSV establece un porcentaje mínimo de aprovechamiento subjetivo (o patrimonializable) a favor de los propietarios de suelo (en concreto, 90

casos incluso puede exigirse que se cedan terrenos para planificar zonas verdes sin que concurra indemnización (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 30))¹⁰¹

(xxvii) También la jurisprudencia ordinaria ha tenido en cuenta los criterios hasta aquí expuestos para declarar que meras disminuciones del valor económico de la propiedad no son una regulación excesiva –expropiación– siempre y cuando tales normas no sean arbitrarias.

-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

por 100), pero no la base sobre la que se aplica. De ello resultará que la competencia de las Comunidades Autónomas sobre las facultades urbanísticas de la propiedad del suelo urbano no consolidado no resultará sólo de la posibilidad de elevación de ese porcentaje mínimo de aprovechamiento subjetivo, sino de la competencia para determinar los ámbitos de la equidistribución (todo el suelo urbano no consolidado, o porciones limitadas de éste), y la fórmula misma del aprovechamiento urbanístico patrimonializable. En estos términos, es claro, subraya la sentencia, que la norma del art. 14.2 c) LRSV contiene una norma de igualdad mínima en el ejercicio del derecho de propiedad amparada por el art. 149.1.1 CE (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 22)).

¹⁰¹ Por lo tanto, y además, 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)). El art. 18 LRSV establece los deberes de los propietarios de suelo urbanizable: "La transformación del suelo clasificado como urbanizable comportará para los propietarios del mismo los siguientes deberes: 1. 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. 2. Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya o adscriba al ámbito correspondiente. 3. Costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación y, en su caso, las obras necesarias para la ampliación o refuerzo de dichos sistemas requeridos por la dimensión y densidad de la misma y las intensidades de uso que ésta genere, de conformidad con los requisitos y condiciones que establezca el planeamiento general. 4. Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del sector o ámbito correspondiente; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo. 5. Proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo. 6. Costear o ejecutar la urbanización del sector o ámbito correspondiente. 7. Edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento". Este artículo es conforme a la Constitución –y al orden constitucional de competencias (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 30)).

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 19 de septiembre de 1988 dictada por la Sala 3ª de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid (FJ 10))¹⁰².

-En la sentencia de 30 de octubre de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) también se estima, y por las mismas razones, que hay una desigual distribución de cargas, y que es por lo tanto contraria a derecho¹⁰³.

¹⁰² La sentencia de 19 de septiembre de 1988 dictada por la Sala 3ª de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid responde a un recurso interpuesto por Dª MG y por la Sociedad Española de Drenos y Calefacciones y S. SA (SEDCS SA) contra el Plan Parcial de Ordenación Urbana de Madrid. El nuevo Plan determina que la finca de propiedad de la empresa "Casa F", que en el anterior planeamiento venía calificada como "zona de industria existente", ha pasado a tener consideración de "suelo no urbanizable protegido de zona verde", al tiempo que se recalifican como suelo industrial los terrenos del polígono de Pinot-Estación, que tenían la consideración de zona verde desde el Plan Parcial de 1978. La empresa recurrente basa la impugnación en el hecho que será difícil para los ciudadanos acceder a la zona verde ya que ésta se encuentra al otro lado de la vía de ferrocarril y que por lo que respecta a ella, no va a poder expendirse económicamente. La empresa pues defiende que hubiese sido más lógico establecer otro tipo de clarificación. La Audiencia entiende que no es interés del propietario el que debe definir cuál es la calificación más adecuada si no el de los vecinos.

La AT de Madrid dispone que a pesar de que comprende las razones de la recurrente y entiende sus legítimos intereses económicos, declara que el Plan no es contrario al principio de distribución equitativa de las cargas (como defendía la recurrente a raíz de la "permuta" de calificaciones) y en general que éste no es contrario a Derecho. Aquí simplemente, comenta la Audiencia Territorial, estamos ante una situación de conflictos entre intereses singulares y las previsiones del planeamiento como concreción autorizada de los intereses generales de la comunidad de vecinos de Pinto, "confrontación que no puede sino resolverse en favor de estos últimos [los vecinos]" (sentencia de 19 de septiembre de 1988 dictada por la Sala 3ª de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid (FJ 10)). La empresa recurre la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid y ésta es contestado por la sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) que en su fundamento jurídico cuarto dispone, respecto a las alegaciones de la empresa, que ésta debía probar la ilegalidad del Plan, por irracionalidad, o arbitrariedad. El plan, concluye el Tribunal Supremo, es ajustado a Derecho y en cada calificación responde a los intereses correspondientes adecuándose al terreno (sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) (FJ 4).

¹⁰³ En ella el Patronato de Casas del Ejército del Aire impugna las Resoluciones de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid de 1986 que realiza una reparcelación económica discontinua correspondiente a la finca. En primer término se respondió el recurso en la sentencia de 26 de mayo de 1988 de la Audiencia Territorial de Madrid. Ésa decisión estableció en el fundamento jurídico cuarto que "Ésta reparcelación económica en suelo urbano se realiza con el fin de realizar una justa distribución de beneficios y cargas "que permita a la comunidad dosial la participación en las plusvalías que genere la acción urbanística..." y ello exige que la contribución de los propietarios sea también proporcionalmente igualitaria a dichas plusvalías de todos los interesados que se encuentran en el polígono, sin que pueda haber distinción entre ellos. El problema es que, en este caso concreto, el plan determina que las unidades de actuación discontinuas que se delimiten incluirán terrenos vacantes o con edificaciones derruidas o ruinosas, excluyendo por lo tanto terrenos edificados "lo que introduce un factor de desigualdad en la distribución de las cargas de la acción urbanística, ya que no parece lógicamente de recibo deferir tal contribución para estos propietarios de suelo edificado, al tiempo futuro, lejano e incierto del momento de la demolición del edificio, cuando, por otro lado, desde el mismo instante de la acción u operación planificadora y de gestión, participan y disfrutan del reequipamiento urbano y de las plusvalías facilitadas por la ejecución del Plan" (sentencia de 26 de mayo de 1988 de la Audiencia Territorial de Madrid) (FJ 4). El Fundamento jurídico quinto recuerda que el artículo recurrido determina y exige el pago del saldo provisional de la cuenta de liquidación de la reparcelación a efectuar y por ello entiende que hay una desigual distribución de cargas, que es por lo tanto contraria a derecho. La Audiencia Territorial de Madrid estima alegaciones

(xxviii) En la jurisprudencia ordinaria en algunas ocasiones —excepcionales— se ha considerado que debía iniciarse un procedimiento expropiatorio en el caso que se pretenda disminuir el valor de la propiedad, a corto plazo, para construir vías públicas (a pesar de que a medio plazo beneficiaría al propietario y de que existe un interés general para el proyecto).

Nos referimos al caso de Vallecas¹⁰⁴ en el que el Tribunal Supremo decide que el simple factor de estar los viales afectados de hecho al uso común, como medio de acceso, a las viviendas – en este caso chabolas-- con la aquiescencia de su propietario, en modo alguno supone ello la atribución a tales viales de la condición de vías públicas afectadas al dominio público – ya que estos terrenos, entiende el Tribunal no han salido previamente del patrimonio de su propietario. En estos casos debe recaer, conforme al sistema elegido, la expropiación.

El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico quinto, declara que el propietario tiene derecho a que sus terrenos le sean valorados e indemnizados teniendo en cuenta que estos son de propiedad privada, y que “se van a destinar al uso como viales, no cedidos a la Administración y que son del dominio privado del apelante,...” (sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3ª,

ejército y decreta la anulación de la liquidación del saldo provisional efectuada en las resoluciones recurridas (sentencia de 26 de mayo de 1988 de la Audiencia Territorial de Madrid) (FJ 5). El Ayuntamiento recurre la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid. La sentencia de 30 de octubre de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) desestima el recurso y se remite a sentencia anterior en cuanto a los razonamientos.

¹⁰⁴ La sentencia del TSJ de Madrid de 9 de marzo de 1990, en la que se desestimó el recurso contra el acuerdo de la Comisión de Urbanismo y Medio ambiente de la Comunidad de Madrid de 1987 en el que se aprobaba el proyecto de expropiación de varios polígonos del sector de edificación abierta de Vallecas en razón de reputar calles --donde hasta el momento había chabolas es recurrida y resuelta en la sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª). La parte apelante (Karru SA) defiende que los terrenos son de propiedad privada y así figura inscrito en el Registro de propiedad. Además, apunta el propietario, los terrenos nunca tuvieron la condición jurídica de calles. Los terrenos en el planteamiento urbanístico están clasificados como que deberán ser dedicados a parques y jardines. En los terrenos existen chabolas y vías de acceso a las mismas, sin sujeción a planteamiento alguno, siendo por tanto, interpreta el Tribunal Supremo, de propiedad del apelante (y así lo ha reconocido la Administración en otros proyectos expropiatorios también de Vallecas). En resumen: el Ayuntamiento defendía que los viales a las chabolas ya estaban cedidos a éstos y que estamos tan sólo ante una mera regulación; y en cambio el Tribunal Supremo acaba estableciendo que no, que los terrenos nunca fueron cedidos todavía como calles y que por lo tanto, para este fin es necesario que se indemnice a los propietarios si se realiza una expropiación en este sentido, ya que hasta el momento los terrenos son de propiedad privada.

Estos argumentos se concretan en el fundamento jurídico cuarto cuando el Tribunal Supremo dispone que: “Por tanto, el simple factor de estar tales viales afectados de hecho al uso común, como medio de acceso, a las viviendas, con la aquiescencia de su propietario, en modo alguno supone ello la atribución a tales viales de la condición de vías públicas afectadas al dominio público, al no haber salido previamente del patrimonio de su propietario. La expropiación, conforme al sistema elegido, ha de recaer, pues, sobre el terreno propiedad del expropiado cuya inclusión en el proyecto solicita el mismo” (la sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 4)).

Sección 6^a) (FJ 5)). El Tribunal Supremo manifiesta que los terrenos de la sociedad recurrente a que se refiere el proceso habrán que ser valorados e indemnizados a aquéllas.

Nosotros opinamos que por otro lado debe tenerse en cuenta la planificación urbanística por razones medioambientales, que si se atiende a lo que establece el texto de la Constitución debería ser toda (con el fin de lograr una mejor calidad de vida...).

(xxix) En el caso que exista una planificación urbanística que ofrezca a la propietaria unos derechos patrimoniales de acuerdo con la zona --para construir, de uso, para emprender actividades industriales,...--, si éstos son modificados a través de una decisión judicial que enjuicia el plan de acuerdo con la Ley, --que decide, como en este caso, que, por ejemplo, ya no se puede construir en general, o que ya no se puede construir una fábrica-- ello no conlleva indemnización por más que exista en un inicio un valor económico que queda reducido con la nueva norma.

El Tribunal Supremo decide que en el caso que exista una planificación urbanística que ofrezca a la propietaria unos derechos patrimoniales de acuerdo con la zona (para construir, de uso, para emprender actividades industriales,...), si éstos son modificados a través de una decisión judicial que enjuicia el plan, (que decide como en este caso que por ejemplo ya no puede construir en general, o ya no puede construir una fábrica) ello no conlleva indemnización¹⁰⁵. En este caso el Tribunal establece un límite a la propiedad basado en la Ley. Es decir, las parcelas no se declararán suelo urbano, tal y como pretende la empresa porque no concurren los requisitos de la ley – que exigen que haya

¹⁰⁵ La sentencia de 18 de octubre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León responde a varios recursos ordinarios presentados contra diversas Ordenes pero en especial contra las Ordenes de la Consejería Medio ambiente y de ordenación del territorio de la Junta de Comunidades de Castilla y León de fecha 21 de abril de 1994, y otra de 28 de junio de 1995. En la Orden Consejería Medio ambiente y Ordenación del Territorio Castilla-León se aprobó definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana de Soria. El recurso también va en contra otras Orden de la Consejería. La entidad mercantil H del M, SA v recurre el hecho de que la Orden 1995 considere como suelo urbano la parcela número 2, con un fondo de 20 metros, manteniendo para el resto del terreno su clasificación como suelo urbanizable no programado. La empresa H del M, SA pretende que todas las parcelas de su propiedad sean clasificadas como suelo urbano, en vez de suelo urbanizable no programado. La Orden de 1994 definía la parcela como suelo urbano y la de 1995 lo define sólo como suelo urbano una parte y el resto como suelo urbanizable no programado. El recurrente pretende que toda la parcela sea declarada suelo urbano. El Ayuntamiento de Soria pretende que se anule la citada Orden 28 de Junio 1995 en cuanto considera como suelo urbano la citada

infraestructura para ello: agua, luz, desagües,... (sentencia de 18 de octubre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (FJ 1)).

En el fundamento jurídico segundo a ello añade el Tribunal que “La clasificación del suelo urbano por el instrumento de planeamiento urbanístico “constituye un imperativo legal...” (TS S Feb. 1994) ... la clasificación de un terreno como urbano depende de que concurren los requisitos establecidos en los arts. 78 TR de la LS, ... al que hay que referirse en virtud de la TC s 61/1997, de 20 de Mar, ... y ese suelo ha de estar “insertado en la malla urbana, es decir, que se dé una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua y de energía eléctrica y de saneamiento de que pueda servirse el terreno...” (TS SS 22 Feb. 1994 y 22 Mar. 1995). Esto implica también que cuando no concurren los requisitos previstos legalmente para que el suelo de que se trate sea urbano debe “negarse” esa clasificación como señala la TS S 30 Jun. 1992” (sentencia de 18 de octubre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (FJ 2)). Y en el tercero se subraya que: “Pues bien, en el presente caso no puede prosperar la pretensión de la citada entidad mercantil de que las mencionadas parcelas, 1, 2, 3 y 4 sean clasificadas como suelo urbano” (sentencia de 18 de octubre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (FJ 3))¹⁰⁶.

Nosotros entendemos que para este propietario, que en un primer momento se le ofrece una posibilidad, unos derechos, en base a una ordenación urbanística y que después le son sustraídos, el cambio de ordenación en base a una sentencia judicial no se entiende, por supuesto, como expropiación

parcela num. 2 en los referidos a 20 metros de fondo.

¹⁰⁶ Por otro lado el Ayuntamiento de Soria también recurre la Orden de 28 de junio de 1995 pero por otra razón. El Ayuntamiento pretende que la citada parcela número 2 que se ha declarado, a gusto de la empresa, suelo urbano, se mantenga clasificada como suelo urbanizable no programado tal y como contenía la Orden de 21 de Abril 1994. El Ayuntamiento alega que se ha vulnerado la autonomía local, pero el Tribunal decide que en ese sentido no es así ya que la Consejería tiene ese margen para establecer la reglamentación al respecto. Ahora bien, el Tribunal entiende que la parcela número dos no contiene los elementos establecidos legalmente para esa clasificación de la parcela número dos, con lo cual, el Tribunal decide anular la Orden ya que ésta no se ha dictado de acuerdo con la Ley, provocando pues, un gran inconveniente para la empresa que quería que todos los terrenos de esa zona fueran clasificados como la parcela segunda. La razón es que “la parcela si bien cuenta con saneamiento “no se encuentra pavimentada ni dispone de alumbrado público”. Asimismo de la prueba practicada ha resultado que tampoco cuenta con abastecimiento de agua”. En conclusión, se anula la clasificación de suelo urbano que se contiene en la Orden impugnada respecto la parcela número 2, manteniéndose así, la clasificación de suelo urbanizable no programado” (sentencia de 18 de octubre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (FJ 4)).

ni conlleva indemnizaci3n, sino que simplemente se reducen sus derechos sin ning3n tipo de compensaci3n.

(xxx) La disminuci3n del valor de la propiedad puede ser justificada en base a otros intereses, aparte de los medioambientales, como lo es el derecho de acceso a la vivienda familiar.

El derecho de propiedad debe ser delimitado de acuerdo con otros intereses particulares y constitucionales, como lo es el derecho a la vivienda, "familiar", a pesar de que el "precio" de ese inter3s lo acabe pagando el arrendador y no los poderes p3blicos. Consiguientemente, en los arrendamientos urbanos un propietario-arrendador puede ver limitado su derecho de propiedad a ra3z de una correcci3n de la Ley que la hac3a inconstitucional por vulnerar el derecho a no ser discriminado – al excluir del beneficio de la subrogaci3n *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 indemnizaci3n para el primero es una delimitaci3n del derecho de propiedad urbana conforme a la Constituci3n (STC 222/1992, FJ 3)¹⁰⁷.

En conclusi3n el Tribunal Constitucional dispone que la imposici3n de prorroga forzosa que se impone al arrendador no supone una desnaturalizaci3n del derecho de propiedad. Es cierto que la

¹⁰⁷ Como es sabido la sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992 responde a una cuesti3n de inconstitucionalidad contra el art3culo 58.1 de la LAU. El Tribunal Constitucional establece que dicho art3culo es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogaci3n *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo material y estable, *more uxorio*, con el arrendatario o arrendataria fallecida¹⁰⁷. Ahora bien, ello significar3 que en los arrendamientos urbanos un propietario-arrendador puede ver limitado su derecho de propiedad a ra3z de una correcci3n de la Ley que la hac3a inconstitucional por vulnerar el derecho a no ser discriminado. El Tribunal Constitucional declara que el hecho que el propietario vea limitado su derecho de propiedad, en beneficio del arrendatario, sin que se establezca indemnizaci3n para el primero es una delimitaci3n del derecho de propiedad urbana conforme a la Constituci3n (STC 222/1992, FJ 3). El art. 58.1 LAU dispone que "al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su c3nyuge (...) podr3(n) subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento", a3adiendo el precepto, "in fine", que "respecto al c3nyuge, bastar3 la mera convivencia, sin exigencia en el plazo de antelaci3n" (la ley, en efecto, requiere una previa convivencia con el fallecido de, al menos, 2 a3os para el ejercicio de este derecho por parte de todos los dem3s sujetos relacionados en el precepto, excepci3n hecha de quienes hubieran estado "sometidos a la patria potestad" de aqu3).

prorroga forzosa implica una limitación y una restricción del derecho de propiedad en cuanto a su utilización económica, ya que dificulta que los arrendamientos se adecuen con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamiento, pero esa dificultad, que el Tribunal Constitucional clasifica de limitación, no es considerada por el Tribunal supresión del derecho. La decisión declara que se trata de una simple afectación de su contenido que no hace desaparecer el derecho ni lo convierte en irreconocible: “Esa limitación derivada de la prórroga forzosa queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad le atribuye el artículo 33 de la Constitución” Por lo tanto, en el presente texto consideramos que se trata más bien de una delimitación del derecho de propiedad ya que no se está hablando de limitación-expropiación y se reconoce a las prórrogas forzosas como “limitaciones” que realiza el legislador en base a la función social, por lo tanto se trata de ‘delimitación’ del derecho ((STC 89/1994, FJ 5).

-Asimismo, en los arrendamientos urbanos un propietario-arrendador puede ver limitado su derecho de propiedad, y verse obligado a una prórroga del contrato de arrendamiento, en beneficio de las Corporaciones Públicas --aunque éstas no cumplan con el requisito establecido en la Ley, que es la ocupación de la propiedad--, en cumplimiento de la función social de la propiedad privada - con lo que estaremos ante una regulación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución, que no incluirá indemnización. Ahora bien, la Iglesia Católica no forma parte de esa función social, es tratada como un particular más, y por lo tanto no puede verse beneficiada por la Ley a costa del propietario-arrendador ((STC 340/1993, de 16 de noviembre)¹⁰⁸.

¹⁰⁸ La sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, de 16 de noviembre, responde a cinco cuestiones de inconstitucionalidad contra varios artículos de la LAU que obligan al arrendador a prorrogar el contrato de arrendamiento urbano por un determinado tiempo sin que se cumplan los requisitos generales mientras que para el arrendatario o inquilino es potestativo cuando ese arrendatario o inquilino es un determinado sujeto. La sentencia establece que el artículo 76.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es inconstitucional en cuanto releva de la justificación de la necesidad de ocupación de la finca arrendada a la Iglesia Católica. En la decisión se debate si existe diferencia entre arrendatario-particular, arrendatario-Iglesia Católica y arrendatario-Corporación Pública, con el fin de atenerse a esa excepción que permite extender el contrato incluso cuando no se esté ocupando la propiedad, causando una carga al arrendador en muchos casos cara. El Tribunal Constitucional dispone que el precepto es conforme a la Constitución en cuanto se refiere a las Corporaciones públicas (STC 340/1993, de 16 de noviembre). Nosotros entendemos que el Tribunal Constitucional basa su razonamiento en que la Iglesia Católica no es función social suficiente que justifique esta carga al arrendador mientras que las Corporaciones Públicas sí son función social suficiente en este sentido. En conclusión, el Tribunal Constitucional interpreta que no es que la Iglesia Católica tenga obligación de indemnizar sino que ni siquiera se le dará opción a permanecer, ya que no ha ocupado la propiedad y ello es causa suficiente para que se le deniegue la prórroga -mientras que a las Corporaciones Públicas, como forman parte del interés protegido por la función social de la propiedad urbana, sí tendrán ese derecho en detrimento del propietario arrendador. Las propiedades de

(xxxii) Una regulación a través de la cual se crea un parque natural a pesar de que implique la disminución del valor económico de la propiedad, no se considera excesiva ya que el medio ambiente es un interés general que forma parte de la función social de la propiedad privada.

-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* como ocurre en Estados Unidos en el caso *Pennsylvania Coal v. Mahon* (1922)..

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.

-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 medio ambiente, 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

esta confesión, la Católica, son tratadas pues con las mismas consideraciones que las de los particulares-arrendatarios.

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.

(xxxii) La reducción de meras expectativas no se considera una delimitación excesiva del derecho de propiedad ya que no se reduce ningún valor económico previamente computado.

Cuando la Ley respetando los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos -- limitándolos a los caudales totales utilizados-- de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión no es una expropiación por tratarse -- la intención de aumentar el caudal de la explotación--de meras expectativas.

El Tribunal Constitucional determina que el hecho de que la Ley respete los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos o, como aducen los recurrentes, «congelándolos» en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión no es una expropiación. Más si se tiene en cuenta que la congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad sólo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores que eventualmente podían obtenerse en razón, por un lado, de la titularidad del derecho de propiedad inmobiliaria, pero también, y en necesaria concurrencia con ello, del carácter de res nullius que las aguas no afloradas o alumbradas tenían según la legislación anterior y de la inexistencia o preferencia de derechos de terceros (STC 227/1988, FJ 12).

En definitiva, lo que se excluye en adelante es la posibilidad de apropiación patrimonial de incrementos eventuales de los caudales utilizados sin que medie un título concesional. Ahora bien, desde el momento en que todas las aguas superficiales y subterráneas renovables se transforman ex lege en aguas de dominio público, es lícito, informa la sentencia, que, aun partiendo del estricto respeto a los derechos ya existentes, los incrementos sobre los caudales apropiados sólo puedan obtenerse mediante concesión administrativa (STC 227/1988, FJ 12). No estamos pues ante una expropiación forzosa por el hecho de que la concesión que haya de obtenerse en caso de incremento de los caudales totales utilizados o de modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento se extienda obligatoriamente a la totalidad de la explotación, incluyendo así los caudales aprovechados en virtud de

la titularidad privada del predio donde las aguas nacen o se alumbran. En este supuesto, la decisión de incrementar el aprovechamiento o de modificar las condiciones corresponde libremente al interesado, lo que por sí sola excluye su carácter expropiatorio. En realidad se trata aquí de una nueva transformación voluntaria del derecho originario que podrá recabar la propietaria (STC 227/1988, FJ 12).

El Tribunal Constitucional para acabar anota que el legislador no está obligado a preservar los derechos privados preexistentes sólo en los estrictos términos en que venían disfrutándose. Los derechos pueden delimitarse y ello no supondrá una transferencia coactiva de facultades integradas en el patrimonio del propietario o del titular de la explotación (STC 227/1988, FJ 12).

En definitiva el Tribunal Constitucional concluye que los artículos de la Ley de Aguas que hemos analizado no son inconstitucionales – mientras que algunos que afectan a la distribución de competencias, que no se han examinado aquí, sí lo son (STC 227/1988).

-Asimismo, 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.

En la sentencia por otro lado también se plantea si la obligación de poner a disposición de la Administración el agua residual depurada que no sea reutilizada en las propias necesidades supone una lesión del derecho de propiedad por no preverse 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).

(xxxiii) La facultad del legislador estatal para definir el dominio público estatal, ex artículo 132.2 CE, y para establecer el régimen jurídico de todos los bienes que lo integran, está constitucionalmente sujeta a condicionamientos que la propia Constitución establece de modo explícito o que implícita, pero necesariamente, resultan de la interpretación sistemática de la Norma Fundamental

El Tribunal Constitucional primero informa que la ordenación del territorio es efectivamente, más una política que una concreta técnica, y una política, además, de enorme amplitud. Para definir lo que es la ordenación del territorio el Tribunal recurre a la Carta Europea de Ordenación del Territorio¹⁰⁹, citada por muchos de los recurrentes, que la define como «expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad» (STC 149/1991, FJ 1). Teniendo en cuenta esto, la dimensión política de la ordenación del territorio, a ello añade el Tribunal que la facultad del legislador estatal para definir el dominio público estatal en virtud del artículo 132.2 CE y para establecer el régimen jurídico de todos los bienes que lo integran, está constitucionalmente sujeta a condicionamientos que la propia Constitución establece de modo explícito o que implícita, pero necesariamente, resultan de la interpretación sistemática de la Norma fundamental (STC 149/1991, FJ 1).

La ordenación del territorio presenta tales peculiaridades que su contenido --del dominio público, el género de bienes que lo integran-- está establecido por la propia Constitución, el legislador se limita, al definirlo, “a ejecutar un mandato constitucional y se excusan otras consideraciones respecto del condicionamiento que a la facultad para incluir en el dominio público, genéricamente, los bienes de otra naturaleza o clase, impone la misma Constitución” (STC 149/1991, FJ 1).

¹⁰⁹ Carta Europea aprobada por la CEMAT (Conferencia Europea de Ministros de Ordenación del Territorio) el 23 de mayo de 1983.

(xxxiv) No habrá disminución del valor de la propiedad, ni regulación excesiva, cuando no se reconozcan derechos patrimoniales de antemano. A pesar de que puedan existir medidas menos lesivas para el propietario.

Sustraer del comercio privado los terrenos que forman parte de la ribera del mar no es una regulación del derecho de propiedad y en consecuencia no puede decirse que las normas que disponen tal sustracción restrinjan o limiten, más allá de lo necesario, ese derecho.

El Tribunal Constitucional manifiesta que sustraer del comercio privado los terrenos que forman parte de la ribera del mar no es una regulación del derecho de propiedad y en consecuencia no puede decirse que las normas que disponen tal sustracción restrinjan o limiten, más allá de lo necesario, ese derecho (STC 149/1991, FJ 8 A). Es decir, en este caso no hace falta que los objetivos sólo y únicamente se puedan conseguir de este modo, limitando los derechos patrimoniales. Aunque existieran alternativas menos lesivas para los derechos de los particulares ello no lleva a que la norma sea inconstitucional. La decisión por un lado afirma que la “eliminación” de éstos derechos de propiedad se produjo porque fue la propia Constitución la que los incorporó al demanio público, y por otra, apunta que ello no significa que en determinados casos no pueda dar lugar a una indemnización, cuando estemos ante una expropiación (STC 149/1991, FJ 8 A).

(xxxv) En determinados casos cabrá la indemnización pero ello deberá analizarse caso por caso y si se da totalmente la “eliminación” de los derechos de propiedad que la Constitución incorporó al demanio público.

Si se produce la “eliminación” – literalmente dice el Tribunal Constitucional-- de los derechos de propiedad existentes sobre terrenos que la Constitución incorporó al demanio ello puede ser considerado como privación de tales bienes y tiene que dar lugar, por consiguiente, a una indemnización, de acuerdo con la garantía expropiatoria, que la propia Constitución reconoce (STC 149/1991, FJ 8 A). Cuándo o cuando no existe expropiación es una cuestión que no puede definirse en abstracto, afirma el Tribunal Constitucional, si no que debe dilucidarse en concreto, caso por caso: “Como es evidente, esta última cuestión, que constituye el núcleo de la argumentación dirigida contra las Disposiciones transitorias, no puede ser analizada en abstracto, sin tener en cuenta cuáles son los derechos de los que

se privó a sus titulares, cuál es la forma de esta privación y cuál es, en su caso, la indemnización que la Ley les otorga” (STC 149/1991, FJ 8 A). En este supuesto además la causa de la expropiación ya venía recogida en la propia Constitución (STC 149/1991, FJ 8 A).

En cuanto a las Disposiciones transitorias el Tribunal Constitucional añade que esta eliminación de las titularidades privadas sobre terrenos incluidos en el dominio público sobre la ribera del mar no puede ser considerada, desde el punto de vista constitucional, como una decisión arbitraria o carente de justificación, pues es, cuando menos, la forma más simple y directa de poner en práctica una decisión ya adoptada por la Constitución misma, de manera que si de expropiación ha de hablarse es aquella la que establece la causa expropiandi (STC 149/1991, FJ 8 A).

Las limitaciones que se impongan al uso y aprovechamiento de los bienes situados en enclaves de propiedad privada en el dominio público, que cambian con la nueva regulación legal, no son consideradas, aunque fueran más intensas que las anteriores, como privación del derecho de propiedad, si no como delimitación de éste que no incluye indemnización.

En cuanto a la existencia de enclaves de propiedad privada en el dominio público, el Tribunal Constitucional afirma que, aun si esos enclaves de propiedad privada se mantuviesen en los términos actuales, las limitaciones que al uso y aprovechamiento de tales bienes pudiera resultar de la nueva regulación legal, no podrían ser consideradas, aunque fueran más intensas que las anteriores, como privación del derecho de propiedad (STC 149/1991, FJ 8 A).

(xxxvi) Una norma que regule, y reduzca notablemente, el derecho de propiedad se considera constitucional si la indemnización es proporcional con el fin de la norma y la situación de la propiedad. Las naturaleza de la propiedad determina el juicio de proporcionalidad.

La Ley cuando establece que los derechos de propiedad de titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por Sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la Ley de Costas pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre está estableciendo una limitación constitucional. El otorgamiento de una concesión por treinta años, prorrogables por

otros tantos, que vendrá a permitir «los usos y aprovechamientos existentes» sin que el titular tenga obligación de abonar canon alguno se considera constitucional --y conforme a la Constitución -- a pesar de que no se abre procedimiento expropiatorio ni nada parecido. Por otro lado la cantidad de la compensación se declara que puede ser insuficiente pero no por ello se entiende inconstitucional ya que no es desproporcionado -- y responde a un “proporcional equilibrio” (STC 149/1991, FJ 8 B) a)).

(xxxvii) 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 C.E., 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)).

(xxxviii) Una mayor debilidad del título patrimonial justifica una menor indemnización.

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. La reducción del valor de la compensación está justificada por la mayor debilidad del título.

(xxxix) Es legítima una "eliminación" de los derechos patrimoniales establecida en virtud de la protección del medio ambiente. En este caso la regulación no se considera excesiva, aunque si pueden contemplarse formas indemnizatorias alternativas a la de la expropiación.

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 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, que la operación de deslinde puede dar lugar también 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 (STC 149/1991, FJ 8 B) d).

(xl) Las expectativas reducidas a raíz de una regulación general de una relación contractual con la Administración Pública no se consideran una disminución del valor económico de la propiedad excesiva.

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 Magistrados, funcionarios, puede considerarse expropiación. El Tribunal

Constitucional considera 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.

El Tribunal expone 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. 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).

-Ahora bien, 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 singular¹¹⁰.

-Asimismo, la norma que impone la incompatibilidad entre pensiones de la seguridad social con puestos de trabajo en la Administración es una delimitación de los derechos patrimoniales conforme a la Constitución que no requiere indemnización. 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

¹¹⁰ 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 afirmó 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.

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 prestaciones¹¹¹.

-También 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 de que tal eficacia corre a cuenta suya¹¹².

¹¹¹ 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. 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). 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 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 desestima el recurso interpuesto contra el art. 52 y la disposición adicional quinta de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre (STC 65/1987).

¹¹² 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. Como esta sentencia ya se vio en los capítulos anteriores no nos extenderemos en explicaciones.

La sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio es, recordamos, sobre 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

(xli) Consideraciones finales.

El criterio de la disminución o destrucción del valor de la propiedad, aunque es un criterio a tener en cuenta, no tiene mucho sentido en España debido a que en nuestro país lo importante es que exista

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 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. El Tribunal reconoce la constitucionalidad de la norma 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 "... 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). El Tribunal Constitucional utiliza pues, 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: "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). 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). Es decir, que en el caso de que los bienes de los Entes locales estén afectados a un servicio público o función pública (en que caso no?), entonces esos bienes no serán embargables, causando un perjuicio al acreedor no indemnizado y a cuenta suya. No hace falta decir que el hecho que los bienes públicos de los Entes locales no sean embargables no sólo nos parece lógico y conforme con la Constitución, sino que además nos parece imprescindible para el buen funcionamiento de la Administración pública, pero, ¿porque tiene que pagar el precio de la eficacia Administrativa, un sólo ciudadano, el acreedor, aleatoriamente? ¿Porque no pagarlo entre todos? ¿Por ejemplo que se reservaran fondos a tal fin o que subsidiariamente lo pagara otra Administración, es decir todos, en vez de un sólo propietario, un acreedor, afectado al azar?

El privilegio de inembargabilidad de los "bienes en general" de las Entidades locales que consagra el art. 154.2 de Ley de Haciendas Locales, en la medida que comprende no sólo bienes demaniales y comunales sino también los bienes patrimoniales pertenecientes a las Entidades locales que no se hallan materialmente afectados a un uso o servicio público, no resulta conforme con la Constitución y en especial con el art. 24.1 Constitución, "en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes". Por lo tanto se declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "y bienes en general" del art. 154.2 Ley de haciendas Locales. Aunque debe quedar claro, falla el Tribunal, que existen determinados bienes destinados a la función pública de la Administración local que siguen siendo y serán inembargables de acuerdo con la Constitución (STC 166/1998).

una coonestación de los distintos intereses constitucionales públicos y privados. En España, incluso una destrucción del valor de la propiedad puede verse justificada si viene amparada por un interés constitucional que lo exija – como el medio ambiente. En general, sin embargo, si se destuye del todo el valor económico o el uso de la propiedad, habrá una regulación excesiva. Nosotros, entendemos que en este caso debería aplicarse un escrutinio estricto (*strict scrutiny*) a la norma que regule este supuesto.

4. EL TEST DEL USO INOCENTE (LA IMPORTANCIA DEL ENTORNO) Y EL RECONOCIMIENTO DEL PRECIO DEL PROGRESO (PRIVATE FAULT AND PUBLIC BENEFIT).

Don't buy the house, buy the neighborhood

Proverbio ruso

(xlii) *El precio del progreso en Estados Unidos (trenes y aviones).*

En *Richards v. Washington Terminal Co.*, US (1914) la Corte Suprema norteamericana deniega la indemnización a los propietarios de terrenos adyacentes a una vía de trenes por daños causados por humo y chispas que son inevitables porque, como apunta la Corte, este es el precio del progreso. A la misma conclusión llega el Juez Black en el *dissenting* que aporta en la sentencia *Causby v. United States*, US (1946). En la misma sentencia, la opinión mayoritaria de la Corte, escrita por el Juez Douglas apunta el caso anterior, *Richards*, declarando que las invasiones que suponen los aviones sobrevolando las tierras, son invasiones (son takings). Ahora bien, escribe el Juez, el coste que supone encontrar e indemnizar a toda la gente afectada por el ruido del aeropuerto hubiese sido extraordinariamente alto en 1946, así como lo hubiera sido si se hubiera compensado por todas las molestias causadas por las vías férreas en 1914.

La Corte del caso *Causby* fue capaz de reducir tan alto precio a costa de ceñir el número de personas que iban a ser indemnizadas. Así, se indemnizó tan sólo a aquellas propietarias que tuvieran de manera cierta una propiedad justo bajo los terrenos anteriores a las pistas de despegue y aterrizaje. En *Richards* (1914) la Corte limitó los costes otorgando indemnización tan sólo para los casos que sufrieran un daño directo, peculiar y sustancial (“*direct and peculiar and substantial injury*”) causados por los canales de humo inevitables de los túneles en los terrenos de las propietarias. Resumiendo, en Estados Unidos, debe entenderse como expropiación, bajo la teoría del *physical takeover* cuando se dé el trasvase de poderes legales de disfrute y exclusión que son típicamente asociados al derecho de propiedad. Ahora bien, en estos casos descritos, debe apuntarse que existe una regulación general, basada en el interés público, que permite el desarrollo, de aeropuertos y vías férreas, y que el derecho de propiedad de los afectados no puede llevar a la extinción del uso del derecho de propiedad de estas compañías de transporte. Es decir, las compañías aéreas y ferroviarias, a pesar de que causen molestias a sus vecinas, no están, a juicio de la Corte Suprema, abusando del derecho de la propiedad, del uso inocente. Los daños que causen a sus vecinos, tan sólo se indemnizarán si son excesivos, pero en ningún caso llevarán a la paralización de tales industrias debido que existe un interés general, la comunicación y el transporte, que prevalece.

(xlíiii) *En Estados Unidos las molestias dependen del concepto de propiedad que se adopte.*

En Estados Unidos el goce de la propiedad debe adecuarse a la regulación general que a su vez debe garantizar, la regulación, que no excederá el *good use* o el *innocent use*. Por lo tanto, en el análisis de los *takings issues* ha sido importante definir qué es el uso inocente. Si un propietario se excede, va más allá del *good use*, puede ver limitado su derecho de propiedad, pero si no, aunque el uso de la propiedad sea extremo, una regulación que limite su uso se considerará un *regulatory taking*. Esto es lo que ocurre en la sentencia, extrema a nuestro entender, *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, US (1922). Este caso, famoso por muchos otros aspectos, destaca también porque el criterio que se impone es que, a pesar de que la compañía minera, *Pennsylvania Coal Co.* cause molestias a sus vecinos, los que habitan justo encima de las minas – casi toda la ciudad de Pennsylvania para ser exactos--, no pueden imponerse una regulación a la compañía minera para que cese las “molestias” porque si no estaríamos ante un *regulatory taking*. Y ello ocurre porque la sentencia decide que en realidad la

empresa minera está haciendo un uso legítimo, *good use* o *innocent use*, de su propiedad – también pesa, recordamos, el hecho de que ello destruiría, a juicio de la Corte Suprema, el valor económico de la compañía minera, su propiedad. Afortunadamente, *Mahon*, ha sido rectificado en decisiones posteriores.

Ejemplo de ello es caso *Goldblatt v. Hempstead*, US (1962), del que ya hemos hablado en el apartado anterior – allí nos remitimos-- dónde a pesar de que si realmente se dejó *out of business* al propietario como reconoce la misma Corte Suprema se paraliza una operación de minas de arena y grava en base a una norma de la Administración local que decide establecer regulaciones urbanísticas (*zoning law*) que prohíben toda excavación bajo cierto nivel e impuso un deber afirmativo de rellenar cualquier excavación que fuera bajo ese nivel (*Goldblatt v. Hempstead*, US (1962) 594). A pesar de que la Corte de Apelaciones de Nueva York había señalado que rellenar las excavaciones puede costar más de un millón de dólares (de 1962), la Corte Suprema no le da importancia y mantiene la norma local negando que estemos ante una expropiación (ante un *regulatory taking*). La razón para ello, entre otras, es que con la nueva regulación urbanística la extracción minera fuera de los límites de la ley dejaría de ser *good use*¹¹³. *Smith* es la base para que la Corte Suprema en *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.*, US (1944) se pregunte directamente si el efecto total de la tasa es injusta e irracional, un estandart que sólo la estructura de tasas más confiscatoria tendrá dificultades en alcanzar.

En *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, US (1992), recordamos, se establece virtualmente una norma *per se* (*per se rule*) que invalida las “*confiscatory regulation*” que prohíben todos los beneficios económicos en el uso del suelo (Sullivan, 2001: 490)¹¹⁴. La Corte Suprema, liderada por

¹¹³ Cinco meses más tarde, la Corte desestima un recurso que prácticamente plantea de manera directa a la pregunta de si una ordenanza urbanística (*zoning ordinance*) que destruya el valor de un terreno prohibiendo el único uso económico que sea posible en éste --por ejemplo si sólo es bueno para extraer arena y grava-- es una expropiación sin compensación (a *taking without compensation*) (*Consolidated Rock Products Co. V. Los Angeles*, US (1962)).

¹¹⁴ En este caso de 1992 lo que sucede es que el Sr. Lucas paga cerca de un millón de dólares por un par de parcelas en las cuales planea construir casas unifamiliares. En 1988 sus planes se ven destruidos (“*were brought to an “abrupt end”*”) cuando la Ley de South Carolina, *Beachfront Management Act*, una ley anti-erosión, impide al Sr. Lucas construir cualquier edificio habitable permanente en sus dos caras parcelas. Una corte estatal ordinaria dispone que la prohibición “ha privado al Sr. Lucas de cualquier uso razonable de las parcelas” y declara éstas sin valor (“*valueless*”). Por lo tanto, considera que existe una expropiación y ordena que se le indemnice en base a la *just compensation clause*, para horror del estado de South Carolina, con más de un millón de dólares. La Corte Suprema del estado revierte la decisión de la corte inferior partiendo de la teoría de que cuando una regulación se diseña “para prevenir un daño público serio” (*public serious harm*) no se debe ninguna indemnización (“*no compensation was owed*”) sin importar los efectos de la regulación en la regulación tenga en el valor de la

Scalia, declara que estamos ante una expropiación. A su juicio, para que South Carolina pudiera ganar el caso necesita algo más que alegar que existe una ley que declara que el uso que Lucas pretende hacer es inconsistente con el interés público. El estado debería, sugiere la Corte, haber basado su caso en una acción de daños vinculada al *common law* – y se entiende que sólo si se dieran estos daños podría el Estado parar al constructor. Por lo tanto, para que realmente estuviéramos ante una regulación que pudiera aplicarse en base al test del *good use*, debería haberse probado que el uso de la propiedad que hacía el Sr. Lucas realmente era excesivo, cosa que el Tribunal, cree que no lo es¹¹⁵.

En la sentencia existen opiniones discordantes contundentes. El Juez Kennedy apunta, en su *dissenting* que, a su juicio las expectativas razonables deben ser entendidas a la luz de toda la tradición legal norteamericana y añade que el *common law* de daños es demasiado estrecho para confinar todo el ejercicio del poder regulador de los poderes públicos, en una sociedad compleja e interdependiente. Para el Juez Kennedy, la cláusula de los *takings* no exige un cuerpo estático de toda la propiedad estatal. La propiedad de la costa es tan frágil, concluye, que requiere que el Estado vaya más lejos en su regulación. Según el Juez Kennedy no estamos ante una expropiación.

propiedad. La Corte Suprema de Estados Unidos revierte de nuevo el caso. El Juez Scalia (también en su día nombrado por el Presidente Reagan), exponiendo la opinión de la Corte Suprema, primero reflexiona que Pennsylvania Coal apenas ofrece pistas para determinar cuando y bajo qué circunstancias una determinada regulación se considerará que va “demasiado lejos” en relación a la quinta enmienda. Así, sigue pensando Scalia, durante setenta años de exitosa jurisprudencia de *regulatory takings*, la Corte Suprema ha adoptado cualquier forma establecida para determinar “cuán lejos es demasiado lejos” (“*how far is too far*”) decantándose por una inquisición *ad hoc* (*Penn Central*). “Hemos”, continúa el Juez, “sin embargo, descrito por lo menos dos discretas teorías de “regulatory action”, de acción reguladora, como compensables sin recurrir al test del caso específico (*case-specific inquiries*) en relación al interés público...”. La Corte Suprema en esta decisión manifiesta que estas soluciones generales, que evitan recurrir al caso concreto, son dos. La primera incluye regulaciones que obligan al propietario a sufrir una invasión física en su propiedad (la *per se rule* que se establece en *Loretto* es un ejemplo). En general, escribe el Juez Scalia, por lo menos puede afirmarse en cuanto a las invasiones permanentes, no importa lo pequeña que sea la intrusión, y no importa cuál sea el peso del interés público que haya detrás, se exige indemnización en estos casos (porque se consideran una expropiación como ya se ha descrito en este capítulo).

La segunda situación es cuando la regulación niega todos los posibles beneficios económicos o uso productivo del suelo. “Como ya hemos dicho en numerosas ocasiones, la quinta enmienda es violada cuando la regulación sobre el uso del suelo no responde a un interés substancial legítimo del estado o niega a un propietario el uso económico de su tierra (“does not substantially advance legitimate state interests or denies an owner economically use of his land”). Asimismo del texto de la sentencia se deduce que a juicio de la Corte Suprema, cuándo se dá la total negación del suelo de determina no en base a criterios generales, si no desde el punto de vista del propietario, para éste la ley le supone la ruina.

¹¹⁵ Vid.: F. Michelman, “Property as a Constitutional Right”, *Wash & L.L. Rev.* 38 (1981) 1097-ss; A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999); y también del mismo autor: F. Michelman, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law”, *Harv. L. Rev.* 80 (1967) 1165-ss.

El Juez Stevens también califica la decisión mayoritaria de demasiado rígida y demasiado estrecha, denunciando que esta decisión va a congelar el poder del estado para legislar de acuerdo con los intereses generales y recuerda que hace más de un siglo ya, en *Munn v. Illinois*, US, la Corte Suprema ya sostuvo que “la gran misión de las leyes es remediar los defectos del *common law* y adaptarlo a los cambios en el tiempo y las circunstancias. Esta sentencia, concluye Stevens, significa volver a la era *Lochner*, donde los derechos del *common law* (derechos del empresario como los de establecer contratos inhumanos en base a la libertad contractual) fueron inmunes a la revisión por parte del estado o la federación. Esta decisión, acaba el juez, “no deja espacio para el cambio, ni permite respuestas cuando las circunstancias cambien” (“*It would allow no room for change and response to changes in circumstance*”).

Un concepto de propiedad arraigado a la noción del *common law* impide que pueda imponerse una regulación limitadora del derecho de propiedad ya que la Corte defiende que estamos ante un *good use* – de acuerdo, insistimos, con un concepto tradicional de propiedad que no tiene en cuenta otros intereses.

(xliv) *El test del uso inocente (innocent use test)*.

Es obvio, para la doctrina y jurisprudencia norteamericana y para la mayoría de personas, que el *government* no necesita pagar ni siquiera cuando se da una expropiación completa o se destruye si ello ha sido justificado a raíz de la insistencia del propietario en usar su propiedad de modo que dañe otras personas o a su propiedad. En estos casos de uso nocivo o dañoso de la propiedad el puede requerirse al usuario ofensivo que pare y en el caso que rechace tal propuesta su propiedad puede ser incautada con el fin de garantizar civismo.

Ya en el diecinueve aparecen dos ejemplos: En *Northwestern Fertilizing Co. v. Hyde Park*, US (1878), la Corte Suprema mantiene como válida la norma que prohíbe una planta de reproducción de animales en un área residencial. *Mugler v. Kansas*, US (1887) acaba con una empresa de cerveza cuando declara válida la ley estatal que prohíbe la venta de alcohol y *Silgh v. Kirkwood*, US (1915) con una de naranjas cuando aprueba la Ley estatal que prohíbe la exportación de naranjas no maduras. *Northwestern Laundry v. Des Moines*, US (1916) considera el humo denso un perjuicio y considera válida la norma que lo prohíbe. Y *Arcara v. Cloud Books Inc.*, US (1986) permite que se cierre por un

año un local de negocios, una librería para adultos, en la que se realizaban ciertos encuentros que facilitaban la prostitución. En la sentencia también se cuestionó sobre la libertad de expresión.

En el desarrollo del derecho norteamericano de *takings* y *just compensation* la calificación de uso no dañoso (*non-noxious*) o de uso inocente (*innocent use*) ha traído muchos quebraderos de cabeza a los juristas y a la misma Corte Suprema.

(xlv) A pesar de que sea el “dañado” el que se acerque a la molestia, siempre será el causante del daño el que debe pagar (*Hadadech v. Sebastian*, US (1915). Cuando el desarrollo de la ciudad alcanza industrias de las afueras).

En este caso (*Hadadech*) se establece la siguiente norma: Aunque sea el dañado el que se haya acercado a la molestia siempre será el causante del daño el que pagará. El caso *Hadadech v. Sebastian*, US (1915) fue un caso extremo. En el la Corte Suprema sostiene que una industria de ladrillos ubicada en un inicio más que lejos de Los Ángeles puede ser cesada sin compensación implicando la disminución de valor de la propiedad que pasa de valer \$800,000 a \$60,000, cuando el desarrollo de la ciudad (“*progress*” cita exactamente la sentencia) y los límites de la ciudad finalmente la alcanzan -- aquí queremos recordar que en España sucede lo mismo a menudo. Un ejemplo lo es el del caso de la granja de cerdos a las afueras que cuando los vecinos construyen residencias en los terrenos colindantes la corte ordinaria ordena el fin de las actividades molestas.

La sentencia *Hadadech v. Sebastian*, US (1915) basa su razonamiento en el caso *Reinman v. Little Rock*, US (1915) que sostiene la prohibición de una caballeriza consolidada en un área de la ciudad. En *Laurel Hill Cemetery v. San Francisco*, US (1910) ocurre lo mismo. Un cementerio que antes quedaba bien lejos de la ciudad ahora se ve obligado a cesar sus actividades cuando las casas lo alcanzan. Ninguno de estos casos contempla indemnización alguna. No estamos, a juicio de la Corte Suprema, ante un *regulatory taking*.

Tampoco en *Northwestern Fertilizing Co. v. Hyde*, US (1878) se otorga compensación cuando la Corte Suprema niega que estemos ante una expropiación compensable cuando la ciudad clausura una compañía de fertilizantes que ya se había trasladado, a raíz de un acuerdo con el *government*, de

Chicago a lo que entonces era un sitio desolado y deshabitado. La Corte fue intransigente: “*If population, where there was none before, approaches a nuisance, it is the duty of those liable at once to put an end to it*”. Es decir, por más que la industria se haya apartado si con el tiempo la ciudad se aproxima, el principio de quien contamina paga, sigue rigiendo. La industria debe tomar medidas para evitar molestias y pagar por ello. La Corte Suprema confirma esta decisión en *Pierce Oil Co. v. Hope*, US (1919) y llega a una conclusión en la sentencia *Dobbins v. Los Angeles*, US (1904).

(xlv) *Las molestias dependen del entorno.*

Como decía el Juez Sutherland: “*a nuisance may be merely a right thing in the wrong place, like a pig in a parlor instead of the barnyard*” (un daño puede ser simplemente una cosa correcta llevada a cabo en el sitio inadecuado, como un cerdo en un salón en vez de en una cuadra) y a ello Tribe añade que esto ocurre incluso cuando ha sido el salón que se ha acercado al salón en vez de al revés (1988: 594). El Juez Sutherland realiza estas declaraciones en la famosa sentencia *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*, US (1926)¹¹⁶ en la que la Corte Suprema mantiene una ordenanza municipal urbanística. Tribe apunta una cuestión que se ha repetido a lo largo y tendido de la doctrina americana: “¿A santo de qué no debe pagar el dueño del salón el precio de apartar el cerdo?”. Ésta fue la cuestión, y a pesar de que haya sido contestada en tiempos anteriores cuando un “*nuisance*” parecía un concepto que se autodefinía y fijo, se dejó de creer en que ciertas causas fueran objetivamente responsables para ciertos daños, y a ello debían añadirse los rápidos cambios económicos y sociales y un incremento del papel del *government* como mediador de tal cambio; lo cual llevó a que se plantearan cuestiones en áreas dónde antes no era necesario (1988: 594).

Y así es como surge un caso como el de los cedros y los manzaneros (*Miller v. Schoene*, US (1928)). En relación a éste Tribe plantea: Si los cedros esparcen una peste que puede destruir los pomares cercanos, la Corte puede sugerir que el *government* destruya los cedros para así salvar las manzanas esto sería como la supresión de un daño de acuerdo con el *common law*, pero nadie podría acusar a los dueños de los cedros de pensar que en realidad son ellos los damnificados al tener que

¹¹⁶ Vean también *Nectow v. Cambridge*, US (1928).

aguantar unos manzaneros sensibles a la peste cerca de ellos. Michelman señala que este caso no es diferente de aquel en el que la peste de las manzanas pase toda la vida en los manzaneros pero que pudiera exterminarse de la ceniza de los cedros para mantener que los cedros fueron condenados sin compensación (exactamente Michelman expresa que este supuesto no es “*essentially different from one in which the apple pest spent its whole life in the apple trees but could be exterminated only by some arcane component of cedar ash, to furnish which the [cedars] were condemned without compensation*” (1967: 1198-99))¹¹⁷.

Coincidimos con Tribe cuando escribe que cada vez parece más difícil decidir quién ha dañado a quién. Ésta, sigue, es una cuestión demasiado abierta con lo cual es imposible proveer una solución definitiva a la cuestión de la indemnización (1988: 594). Algunos, critica el mismo autor, creen que lo han conseguido, como el mismo y famoso Epstein cuando construye la “*general economic theory*”¹¹⁸ pero para Tribe, creer que existe una solución única, es poco convincente¹¹⁹. De acuerdo con el profesor Tribe otra causa de perplejidad ha sido la noción de “*harm*”. Es tan difícil definirla como lo ha sido establecer a quién se tenía que responsabilizar por una situación como la de los cedros y las manzanas; pero por lo menos aquí no había dudas en que la peste destruía a los pomares, y que el *government* creyó que los cedros constituían daños a los dueños de las manzanas y de los cedros respectivamente (1988: 595).

Pero, ¿se produce un daño cuando *wildlife*, especies, que no pertenecer a nadie son amenazadas por unas actuaciones? ¿Cuándo un área salvaje es inundada? ¿Cuándo una industria tiene que parar de ensuciar un río con sus vertidos? O, imagine que el *government* determina que los propietarios de cedros son demasiado ricos y los propietarios de manzanas demasiado pobres, y obliga una

¹¹⁷ F. Michelman, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law”, *Harv. L. Rev.* 80 (1967) 1165-ss.

¹¹⁸ R. A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985).

¹¹⁹ Refiriéndose a Epstein (1985), y a la misma obra ya mencionada, Tribe critica con contundencia: “For a bold, if unpersuasive, argument that this sort of question, and indeed every question bearing on when government must provide compensation, has a unique constitutional answer determinable by reference to, all things, “general economic theory”, see Epstein ...” (Epstein, 1985: 200-01) (Tribe, 1988: 594). C. M. Haar y M.A. Wolf, *Land-Use Planning* (Aspen, USA: Aspen Law & Business, 1989).

redistribución de tierras de los primeros a los segundos; en este caso, ¿se produciría un daño en este caso, o el daño se entiende que ya existía que el *government* simplemente lo ha corregido?

Cuanto más amplias son las nociones que se permite de daño público, *public harm*, y de *legitimate governmental purpose*, más difícil es encajar las concepciones ordinarias de *taking* y *compensation* con nociones contemporáneas como para que sirve el de *government*; y por ello resulta más urgente, apunta Tribe, preguntarse sistemáticamente, porque debería indemnizarse (1988: 595). En un inicio, de todas maneras, es importante examinar con cierto detalle porque la Corte Suprema ha respondido a dos tipos amplios de acciones gubernamentales que pueden interferir con las expectativas asentadas como lo son los *regularotry takings* y las *physical invasions* de la propiedad. Si se observan estas dos áreas quizás ayude a descifrar cuáles son los objetivos para la Corte del requisito de indemnización, y que entiende la Corte Suprema por “propiedad” *for the purpose of takings analysis*.

(xlvii) En España, el concepto de “uso inocente” equivale a un uso de acuerdo con la función social y si ésta no se respeta podrá limitarse la propiedad sin que se considere una expropiación.

En España, 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)¹²⁰.

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

¹²⁰ 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).

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)¹²¹.

¿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). 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 expropriandi es correcta)¹²². 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

¹²¹ “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).

¹²² “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).

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).¹²³ 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 debería llamarse limitación). Si existe no estamos ante una expropiación propiamente dicha (STC 37/1987, FJ 4)¹²⁴.

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).

(xlviii) La mera negligencia de la Administración no otorga derechos adquiridos sobre suelo

¹²³ “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).

¹²⁴ 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).

agrario a los propietarios de estos terrenos.

En la sentencia de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 5^a) se establece que la mera negligencia de la Administración no otorga derechos adquiridos sobre suelo agrario a los propietarios de estos terrenos¹²⁵.

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 3^a, Sección 5^a)).

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 ambiente¹²⁶.

¹²⁵ "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 3^a, Sección 5^a) (FJ 3)).

¹²⁶ Para comprender estas afirmaciones del Tribunal Supremo deben situarse en su contexto: M SA presenta un recurso de apelación contra la sentencia del TSJ de Catalunya de 15 de mayo de 1991 que desestimó el recurso. La parte apelada es el Ayuntamiento de Vich. En este caso lo que sucedió es que M SA construyó una nave industrial en una zona agrícola alegando que "de hecho" no se llevaba allí nada a cabo que fuese "agrícola", si no sólo actividades industriales y comerciales. El

(xlix) El good use en España, el uso de la propiedad de acuerdo con la función social puede hacer primar los intereses patrimoniales de un propietario frente a otro que no utilice su propiedad conforme con esta premisa.

El Tribunal Constitucional 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 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

Tribunal Supremo declaró, dándole la razón al Ayuntamiento, que la propiedad agrícola sigue siendo agrícola ni que se lleven a cabo otro tipo de actividades (ya sean industriales o comerciales o de cualquier otro tipo). El Ayuntamiento a través de varias resoluciones obligó a M SA a dismantelar y derribar la nave-almacén y a cercarla (todo ello ubicado en "el Griell"). El Tribunal Supremo considera que estamos ante una delimitación del derecho de propiedad legal y constitucional que por supuesto ni exige un procedimiento expropiatorio, ni implica indemnización. Para ello el Tribunal Supremo parte de la premisa de que la mera negligencia de la Administración no otorga derechos patrimoniales a los particulares respecto la propiedad agrícola (FJ 2) y del hecho de que la finca de la parte apelante está ubicada en suelo clasificable como no urbanizable, con la calificación de zona de valor agrícola. Es decir, la nave no está en absoluto permitida (sentencia de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 3)).

Otra de las delimitaciones de la propiedad agraria que se establece en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en concreto en esta sentencia es, como ya se apuntó, que en la propiedad privada en zonas de valor agrícola sólo se permiten construcciones relacionadas con la explotación agrícola (cubiertos para guardar utensilios,...) que tendrán que respetar las características del ambiente y el paisaje, ajustándose a las preexistentes en el sector. En el caso descrito el recurrente admite el impacto visual de su vallado y contraste con cualquier construcción del sector y está dispuesto a seguir las pautas que se le exigen para adaptarse a "este "para así preservar legítimamente su derecho de propiedad" (además el propietario es el que tenía que demostrar que sus construcciones eran imprescindibles para las actividades agrícolas). El Tribunal Supremo no acepta tal propuesta ya que entiende que en todo caso es la Administración la que debe fijar los criterios de acuerdo con la ley con lo cual se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia recurrida (sentencia de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 3)).

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 directo¹²⁷. En este caso, 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 privada¹²⁸.

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

¹²⁷ 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).

¹²⁸ “... 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).

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 (sentencia de la AT de Cáceres de 11 de octubre de 1988 (sala contencioso administrativo) (FJ 3))¹²⁹.

¹²⁹ 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 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

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.

(l) En determinados casos la exigencia del buen uso --del uso de la propiedad de acuerdo con la función social-- permite que puedan extraerse las propiedades infrutilizadas.

En determinados casos se prevé la delimitación de la propiedad si 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 extremeñas¹³⁰. 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

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)).

¹³⁰ El *Diccionario de uso del Español* (María Moliner, 1992) define dehesa como: “[...] campo acotado, generalmente de prados y dedicado a campos [...]”.

constitucional¹³¹. La regulación, declara el Tribunal Constitucional, responde a los intereses generales y a la función social de la propiedad privada¹³².

(li) 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 éste desatiende los requerimientos de la Juez¹³³ ésta, discrecionalmente, puede fijar la privación del uso del piso o local al propietario y a quienes con él convivan por un plazo no superior a 3 años, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título¹³⁴. La juez cree que este artículo podría ser inconstitucional (*ex*

¹³¹ 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).

¹³² 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 aprovechamiento¹³², 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.

¹³³ “Será “el Poder Judicial”, el que decidirá en que casos nos encontramos ante una actividad molesta, insalubre, peligrosa, ... no permitida por los estatutos de las descritas en el artículo 7.3 LPH” (STC 301/1993, FJ 3).

¹³⁴ Artículo 19 LPH: “La infracción de la prohibiciones establecidas en el párr. 3 del artículo 7 dará lugar al

artículo 33.3 CE) y por ello plantea la cuestión.

El propietario afectado cree que la sanción sobrepasa el contenido esencial del derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional manifiesta que: “el artículo 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 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” (STC 301/1993, FJ 3).

Las 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 graves¹³⁵. En esos casos además no estamos, subraya el Tribunal Constitucional, de ningún modo ante una expropiación. El artículo cuestionado no es contrario a la Constitución, al artículo 33 CE, “por la sencilla razón 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).

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

apercibimiento al titular o, en su caso, al ocupante del piso o local. Desatendido el requerimiento por el titular ocupante, la junta podrá instar y obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquél y a quienes con él convivan. Dicha privación la fijará discrecionalmente el Juez por un plazo no superior a 3 años, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título”.

¹³⁵ “Basta con lo dicho advertir, sin sombra de duda, que lo así previsto por la Ley ninguna relación guarda con la garantía de la propiedad privada que ha sido recogida en la CE [...]. En modo alguno significa tal garantía constitucional que el ordenamiento no pueda regular supuestos en los que, al margen de criterios o valoraciones de oportunidad o de necesidad pública, se llegue a afectar, con las correspondientes garantías procesales, el patrimonio de las personas que hayan incurrido en la comisión de un ilícito (civil o penal)...” (STC 301/1993, FJ 3).

indemnización y de conformidad con lo dispuesto con las leyes” (STC 301/1993, FJ 3)¹³⁶.

(lii) El criterio de la buena fe es también relevante. 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 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. Consiguientemente, 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 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

¹³⁶ 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).

al Derecho, cuando 3ste califica el terreno donde se encuentra 3sta de suelo sin destino urbano, no urbanizable, especialmente protegido y 3rea de alto valor ecol3gico. El propietario del Monte X alega que la ordenaci3n “hace desaparecer el contenido esencial del derecho de propiedad”, a 3ste s3lo le queda la “titularidad vac3a de todo contenido, ya que, trat3ndose 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 Administraci3n no lo ven exactamente as3. El propietario de los terrenos defiende que debe declararse la ilegalidad del plan y aplicarse el principio indemnizatorio por los da1os y perjuicios derivados de tal clasificaci3n; 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 3ste, la obligaci3n, constitucional, que tienen los poderes p3blicos respecto los derechos contenidos en los art3culos 45 y 47 de la Constituci3n. Asimismo insiste en la naturaleza y l3mites del derecho de propiedad de acuerdo con 3stos art3culos y el 33 de la Constituci3n. Por todo ello entiende que el Plan se ajusta al Derecho y que en modo alguno cabe indemnizaci3n (sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Secci3n 5^a) (FJ 3)).

La Administraci3n adem3s, pretend3a crear un Anillo Verde en la zona (ver la sentencia directamente para los detalles sobre 3ste) con el cual varios propietarios tampoco estaban de acuerdo. 3ste estaba tambi3n plenamente justificado, manifiesta la sentencia, ya que con 3l se crean grandes parques p3blicos “de los que tan necesitado estaba Madrid como su entorno...” (FJ 5). Tamb3n 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 Administraci3n, 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 funci3n social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jur3dicas,...” (sentencia de 15 de noviembre de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Secci3n 5^a) (FJ 6)). Es decir, una norma que regule el derecho de propiedad urbana no ser3 anulada si no se demuestra que 3sta es arbitraria o si ha incurrido en error. La parte demandante, los propietarios, no demuestran que nos encontremos ante ninguno de estos supuestos. Los art3culos 33, 45 y 47 de la Constituci3n habilitan esta regulaci3n del derecho de propiedad urbana por parte de la Administraci3n, de hecho 3sta responde a los mandatos que recogen los citados preceptos. El Tribunal Supremo adem3s a1ade razones hist3ricas 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.

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)).

(liii) El medio ambiente define el buen uso –de acuerdo con el entorno-- en espacios de especial

protección.

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 conforme a la Constitución (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 32)).

(liv) 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.

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 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 (STC170/1989, 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 ablatoria 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).

(lv) 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).

(lvi) La regulación y la jurisprudencia sobre el derecho de propiedad ante otro derecho de propiedad privada debe asegurar que se evitan molestias más allá de los límites tolerables por los

fundos vecinos" que los hagan inhabitables como residencia" [...] "o el normal disfrute de sus derechos entre los que se encuentra según la Constitución española en su artículo 45, el de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de su persona...". Ello sin embargo no puede llevar a la paralización de la industria y más si todavía no se ha probado que tal industria no ha incumplido la normativa.

La sentencia de 21 de noviembre 1996, de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2^a) responde a un recurso contra la sentencia del Juzgado de Plasencia número, 4, en fecha de junio de 1996, que condenó a los propietarios del restaurante N. sito en Pedro Isidro a tomar las medidas correctoras necesarias para disminuir el nivel de ruidos y emisiones gaseosas a mínimos tolerables, no debiendo exceder en ningún caso legal y normativamente establecidos; de manera que no causen molestias a la comunidad de vecinos. El Tribunal no acoge la petición de eliminación supresión o clausura de la actividad industrial del negocio de bar y restaurante de los demandados tan sólo se condena a los demandados a la ejecución de las medidas correctoras pertinentes adecuadas y necesarias. A fin de evitar molestias más allá de los límites tolerables por los fondos vecinos" que los hagan inhabitables como residencia" [...] "o el normal disfrute de sus derechos entre los que se encuentra según la Constitución española en su artículo 45, el de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de su persona..." pero ello no puede llevar a la paralización de la industria (sentencia de 21 de noviembre 1996, de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2^a) (FJ 2))

En este caso, en la jurisdicción civil, el tribunal no tiene en cuenta el hecho, todavía no probado de que el restaurante puede que no este cumpliendo con todas las normas en este sentido "pues la jurisdicción civil no es competente para entrar en dicha cuestión". Lo determinante, en la jurisdicción civil radica, no en el hecho de si la propiedad "contaminante" o que causa molestias, tiene o no todos los permisos, lo determinante es, en la jurisdicción civil, si los terceros, las fincas colindantes en este caso, tienen o no que soportar las molestias; si se consideran a 'estas tolerables o no.

En muchos otros casos de la jurisdicción ordinaria, el hecho de que una persona propietaria tenga su establecimiento o industria en plena "regularidad administrativa" no le exime para que además tenga que tomar todas las medidas necesarias para impedir molestias no tolerables a sus vecinos (por ejemplo, en el caso de la granja de cerdos). En este supuesto, en que puede ser que el demandado, el propietario del restaurante y bar no cuente con todos los permisos y licencias administrativas, ello no se tiene en cuenta tampoco, el resultado es el mismo, la industria debería tomar todas las medidas para evitar

molestias a sus vecinos no tolerables, pero, el hecho de no tener todos los permisos en regla no llevará - tal y como pretenden los demandantes- al cese del restaurante, de la actividad industrial.

El tribunal basa su decisión en cuestiones competenciales: no entrará en “la regularidad o irregularidad administrativa del establecimiento” ya que la jurisdicción civil no es competente para ello. Es decir los afectados deberían dirigirse a la jurisdicción contencioso administrativo. A su vez el Tribunal recuerda que “la existencia de licencia o cumplimientos de las normas administrativas de carácter general,... no excluye ni evita una eventual responsabilidad civil sustantiva” “que protegen los derechos de terceros” (sentencia de 21 de noviembre 1996, de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2^a) (FJ 3)).

Los actores también propiedad privada en que los demandados destinen los huecos-ventanas sitios en el edificio de su propiedad, solamente para recibir luces y coloquen una tela metálica allí. El Tribunal no acoge la petición de los actores (sentencia de 21 de noviembre 1996, de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2^a) (FJ 4)). De ello extraemos que un particular no puede compeler a otro particular a entender la propiedad privada en un sentido determinado (a menos que estemos hablando de daños o similares claro), cuando no exista, como es el caso una obligación entre ambos en ese sentido. Existe un convenio entre los otros vecinos, pero no entre ‘estos y el propietario del restaurante, por lo tanto no se le puede obligar a nada que no esté en la ley o en una norma publica (ex artículo 1257 Código Civil). Por todo ello el tribunal decide que debe indemnizarse a los demandantes por daños y los demandados, el restaurante, debería tomar medidas para cesar las molestias, pero no deberán cesar su actividad ni tomar medidas, como instalar rejas metálicas, que no estén establecidas en la ley.

(lvii) Ante una granja de cerdos que causa molestias pero que cumple con todos los permisos otro particular tan sólo podrá exigir ante los Tribunales que cesen las molestias pero no que cese la empresa.

No nos detendremos aquí tampoco en la sentencia de 30 de mayo de 1997, del Tribunal Supremo (Sala 1^a) porque ya fue analizada en otro capítulo. En este caso en que una Granja de cerdos que causa molestias a los vecinos que construyeron sus casas con posterioridad a la granja de cerdos y que la granja cumple con toda la normativa el Tribunal establece que la Granja deberá tomar todas las medidas posibles para evitar las molestias pero no es necesario que ésta se cierre. En este caso se trata de

averiguar si un propietario puede reclamar el derecho a disfrutar de su propiedad en condiciones “normales” a otro propietario. Y si el otro propietario debe ceder sus actividades frente al requerimiento de otro particular a pesar de que ostenta de todos los permisos. Como ya se ha dicho el Tribunal establece que no que como mucho se le pueden exigir medidas correctoras a la granja.

(lviii) En el caso en que un tribunal dicta una sentencia por la que se obliga a la desinstalación de una antena de telefonía móvil debido a los supuestos efectos nocivos en forma de hiperactividad causados sobre la salud de una niña de ocho años, vecina del edificio donde está ubicada la antena, el Tribunal exige que la carga de la prueba recaiga sobre la empresa de telefonía móvil. Es decir se obliga a la desinstalación de la antena como medida cautelar hasta que la empresa no demuestre que ésta no es nociva para la salud.

La sentencia de 9 de junio de 2001 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Bilbao es la primera sentencia en España contra una antena de telefonía móvil. Al parecer y según la sentencia, la causa de la hiperactividad de una niña de ocho años es la proximidad de una antena de la operadora de telefonía móvil Airtel, que está instalada a muy pocos metros de su vivienda. La sentencia especifica que la antena se podrá reinstalar si la operadora demuestra que no existe ningún peligro para la salud, lo que hace de la presente sentencia una medida cautelar. La decisión del Tribunal del País Vasco se basa en un informe médico, y sienta jurisprudencia ya que hasta la fecha, no existía ninguna otra sentencia en firme en España sobre el tema sentencia de 9 de junio de 2001 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Bilbao. La representación legal de la compañía de telefonía móvil Airtel presentará un recurso contra la sentencia por la que se ordena la retirada de una antena de telefonía móvil. La sentencia aduce la 'sospecha razonable' de que las radiaciones de la antena no son 'absolutamente inocuas para el sistema nervioso' de una niña de ocho años que sufre un trastorno nervioso llamado síndrome de trastorno por déficit de atención con hiperactividad. Es la primera vez que sucede en la UE.

Aunque el titular del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Bilbao, Edorta J. Herrera, no considera en su resolución que los campos magnéticos sean perjudiciales para la salud, sí aprecia que las radiaciones de la citada antena de teléfonos móviles 'llegan permanentemente al interior de la vivienda' del demandante, lo que puede provocar 'esta incertidumbre fundada sobre el empeoramiento

de la salud de su hija. En este caso pues a pesar de que no hay ninguna normativa al respecto y que no está probado científicamente, se basa tan sólo en un informe médico, que las antenas son dañinas, el Tribunal exige y limita la propiedad de un propietario, Airtel, frente a la de otro, el vecino afectado. Aunque compartimos la decisión no vemos en este caso cuál ha sido el criterio utilizado por el Tribunal que justifique la retirada de la antena, aunque repetimos, compartimos el resultado.

(lix) Es conforme a Derecho la responsabilidad civil de indemnizar al Grupo de Defensa del Ter, un grupo ecologista, "en las cantidades que debidamente se acrediten en periodo de ejecución de sentencia", que se le imponen a un empresario y propietario de una industria, Puigneró, para que se reparen los daños causados al río Sorreig y se restituya el mismo a su anterior estado de vida y a las cantidades que se acrediten como indemnización de daños y perjuicios.

Esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava (proveniente del Juzgado de Instrucción n. 3 de Vich) de 6 de junio de 1995 (Caso Puigneró), será explicada con más detalle en el Capítulo sobre propiedad industrial. Aquí tan sólo destacamos que en este caso al acusado, José Puigneró Sargatall, se le impone al Sr. Puigneró la responsabilidad civil de indemnizar al Grupo de Defensa del Ter, un grupo ecologista, un particular, "en las cantidades que debidamente se acrediten en periodo de ejecución de sentencia", para que se reparen los daños causados al río Sorreig y se restituya el mismo a su anterior estado de vida y a las cantidades que se acrediten como indemnización de daños y perjuicios. Como se verá lo que se extrae de la sentencia es pues: que el derecho de propiedad cede ante unos intereses generales, y que la colectividad puede alcanzar esa propiedad, en forma de indemnización en algunos supuestos muy determinados - Estamos ante un caso del ejercicio de propiedad privada, la industrial, frente a otros particulares. En este caso cede la propiedad industrial en forma de indemnización a pesar de que en este supuesto, el "dañado" no es otro particular, por lo menos indirectamente, ya que lo que se daña es un interés general.

Así, no estamos ante un simple caso de daños --de la antena de Airtel colocada en la terraza de la casa de enfrente, a la que pagan, que supuestamente ha enfermado a mi hija y por tanto exijo la retirada de la antena e indemnización para mi--; si no que estamos ante un supuesto en que debería haberse resuelto con multa e indemnización en todo caso al Estado. Los poderes públicos, podrían haber regulado, sancionado o expropiado --si vieran una causa expropiandi-- una actividad tan dañosa para el

medio ambiente, como la industria del señor Puigneró. En segundo término el poder público podía otorgar una concesión o una subvención al grupo medioambiental para que realizara actividades de protección medioambiental. Pero en este caso lo que sucede es que el beneficiario de la indemnización no es el grupo medioambiental en sí, sino que es el grupo medioambiental en tanto y en cuanto este lleve a cabo las actividades de recuperación del río Sorreig --al padre de la niña afectada por la antena de Airtel no se le pone la condición, para recibir la indemnización de que se lo gaste todo en sanidad.

Por todo esto se afirma, que la propiedad privada de un particular ante otros particulares, actúa normalmente a través de los supuestos de daños-indemnización y/o acción negatoria; y que en casos muy excepcionales, como este, puede ceder ante otros, siempre de acuerdo con la ley, pero con resultados muy lejanos a los planteamientos iniciales. El resultado final es que cede ante otros particulares con situaciones que acaban siendo un híbrido entre la responsabilidad civil-acción negatoria --se asigna una indemnización-- y la expropiación --la indemnización va a parar a un ente privado con finalidades públicas, debido a un interés público, el medio ambiente, siempre que esta indemnización se utilice para fines e intereses públicos: recuperar el río .

(lx) La propiedad industrial ni que cumpla con toda la normativa puede verse todavía más delimitada, sin que por ello se otorgue indemnización alguna, si su actividad causa alguna molestia a los vecinos. La propiedad industrial debe adecuarse al entorno.

La sentencia de 30 de noviembre de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) cuestiona la limitación que se impone a una fábrica que contamina. Ros Alguer SA promueve recurso contra el Ayuntamiento de Sabadell sobre la instalación fabril sita en Sabadell y las medidas protectoras por molestias que se le han impuesto. El Tribunal Supremo entiende que las medidas correctoras ordenadas en la licencia, y en concreto las medioambientales, debido a “los graves perjuicios que podría causar a la empresa y a los trabajadores de la misma- y sociales que la clausura provocaría” son conformes a Derecho. Ahora bien, la advertencia de clausura no tiene sino un carácter subsidiario al incumplimiento del requerimiento.

Los recurrentes preguntan “si en cumplimiento de la norma vigente debiera cerrarse la industria estaríamos ante una expropiación que determinaría la consiguiente fijación del justiprecio, debe

señalarse que la procedencia o no de indemnización, en el eventual supuesto de clausura de la industria, excede del contenido específico de la resolución recurrida y, en consecuencia, de lo que debe ser objeto de debate”. La empresa, subraya el Tribunal, mejor que cumpla con su los requisitos impuestos ya que la licencia se otorgó con la condición que la empresa tomará las medidas correctoras para evitar molestias al vecindario.

Ante el Tribunal queda probado la emisión de polvillo rojo y humos negros proveniente de las partículas de hierro que procede de la fábrica, de sus hornos de arco voltaico. Ello puede corregirse, constata el Tribunal, con la adopción de las medidas adecuadas como indica el informe pericial (con filtros, elevando las chimeneas, cerrando aperturas, estableciendo ventilaciones,...). Por ello se desestima la pretensión de la empresa.

(lxi) Una medida que exige a las constructoras que tomen medidas para garantizar la protección del medio ambiente que consiste en respetar las distancias mínimas entre edificios es conforme a Derecho, proporcional, necesaria e imprescindible. Por lo tanto estas medidas son una delimitación del derecho de propiedad sobre este tipo de industrias que no implicará indemnización.

La sentencia de 20 de septiembre de 1994, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) fue analizada ya en el capítulo sobre medio ambiente. Recordamos que en este caso la Asociación de contratistas y constructores, promotores de obras y edificios de Cantabria presentan recurso contencioso administrativo contra la Ordenanza sobre protección de medio ambiente y en concreto contra el artículo 13 sobre ruidos y vibraciones. El objetivo de la norma es proteger el medio ambiente y para ello se exige que la concesión de licencias de apertura para el ejercicio de actividades de nueva instalación estén condicionadas por las distancias mínimas, que se indican en dicho artículo. Los recurrentes alegan que la Orden vulnera el principio de igualdad de trato. El Tribunal Supremo califica la Orden de conforme al derecho ya que ésta se impone en base a un objetivo legítimo y es proporcional: “no debe estimarse como innecesariamente gravosa la limitación sino como imprescindible, que dimana del artículo 13 de la ordenanza, acorde con su finalidad”. Además el Tribunal Supremo entiende que esta medida es necesaria e imprescindible (sentencia de 20 de septiembre de 1994, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 4)). Por ello se desestima el recurso de las constructoras.

(lxii) Cualquier industria, incluso un restaurante, debe asegurar que se evitaren molestias más allá de los límites tolerables para los fondos vecinos "que los hagan inhabitables como residencia" [...] "o el normal disfrute de sus derechos entre los que se encuentra según la Constitución española en su artículo 45, el de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de su persona...". Ello sin embargo no puede llevar a la paralización de la industria y más si todavía no se ha probado que tal industria no ha incumplido la normativa.

Como que la sentencia de 21 de noviembre 1996, de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª) ya se ha visto aquí tan sólo se repite que a los propietarios del restaurante N. sito en Pedro Isidro se le condenó a tomar las medidas correctoras necesarias para disminuir el nivel de ruidos y emisiones gaseosas a mínimos tolerables, no debiendo exceder en ningún caso legal y normativamente establecidos; de manera que no causen molestias a la comunidad de vecinos. El Tribunal no acoge la petición de eliminación supresión o clausura de la actividad industrial del negocio de bar y restaurante de los demandados tan sólo se condena a los demandados a la ejecución de las medidas correctoras pertinentes adecuadas y necesarias. A fin de evitar molestias más allá de los límites tolerables por los fondos vecinos " que los hagan inhabitables como residencia" [...] "o el normal disfrute de sus derechos entre los que se encuentra según la Constitución española en su artículo 45, el de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de su persona..." pero ello no puede llevar a la paralización de la industria (sentencia de 21 de noviembre 1996, de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª) (FJ 2)).

(lxiii) La imposición de la evaluación de impacto ambiental es un instrumento en manos de los poderes públicos, legítimo, y una carga sobre el derecho de propiedad industrial no indemnizable.

La sentencia del Tribunal Constitucional 13/1998, de 22 de enero resuelve un conflicto de competencias presentado por el Gobierno Vasco contra el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental. El Tribunal Constitucional declara que las disposiciones recurridas no son contrarias a la Constitución ni al reparto competencial ya que se reserva sólo a situaciones excepcionales. El

fundamento jurídico tercero confirma la sentencia del Tribunal Constitucional 64/1982. Respecto a cuestiones sobre la propiedad privada cabe destacar el hecho de que se confirma la figura del impacto ambiental como “un instrumento que sirve para preservar los recursos naturales y defender el medio ambiente en los países industrializados. Su finalidad propia es facilitar a las autoridades competentes la información adecuada, que les permita decidir sobre un determinado proyecto con pleno conocimiento de sus posibles impactos en el medio ambiente [...] “La legislación ofrece a los poderes públicos, de esta forma, un instrumento para cumplir su deber de coherente el desarrollo económico con la protección del medio ambiente (STC 64/1982, FJ 2). La evaluación del impacto ambiental aparece configurada como una técnica o instrumento de tutela ambiental preventiva – con relación a proyectos de obras y actividades de ámbito objetivo global o integrador y de naturaleza participativa” (STC 13/1998, FJ 3).

No puede discutirse que obligar a una empresa o persona a realizar un impacto ambiental supone un coste importante y una limitación de su derecho de propiedad privada. El Tribunal Constitucional en ningún momento duda de que ese límite no deba indemnizarse y ni siquiera que sea un límite. La evaluación de impacto ambiental es un instrumento en manos de los poderes públicos. De la misma manera que en otras decisiones ha afirmado que la expropiación es también un instrumento en manos de la Administración. Que la expropiación sea un instrumento es más que dudoso, la expropiación es una consecuencia de la actividad pública, una garantía para el propietario, pero un instrumento no. que el impacto ambiental lo sea también. El impacto ambiental es parte de la actuación de los poderes públicos, es una actuación más del poder público. El impacto ambiental es una medida legítima que toman los poderes públicos para proteger un interés también legítimo como es el medio ambiente tal y como les ordena el respectivo mandato constitucional que se recoge en artículo 45 CE (STC 13/1998, FJ 4).

En la sentencia se discute quien es la autoridad competente en materia de medio ambiente que puede pronunciarse sobre la conveniencia o no de ejecutar obras o actividades que puedan tener eventuales repercusiones negativas sobre el medio ambiente. La discusión se refiere tanto a obras públicas como privadas. La norma en conflicto impone a las Administraciones públicas la obligación de valorar la variable ambiental cuando deciden sobre la aprobación y autorización de obras, instalaciones u otras actividades de gran envergadura o con un significativo ambiental contaminador. La autoridad competente debe contar con tres elementos: el estudio de impacto ambiental, la opinión del público interesado y los informes de otras Administraciones afectadas por el proyecto (STC 13/1998, FJ 4).

El mismo Tribunal en la sentencia 102/1995 (FJ 13) declaró que sobre un mismo recurso natural, sobre un mismo ámbito físico, pueden coexistir títulos competenciales diversos. De ahí cabe preguntarse si aparte de títulos competenciales diversos pueden coexistir también distintos títulos dominicales sobre una misma propiedad. Esta claro que sí. En la misma sentencia 102/1995 ya se había afirmado que “los recursos naturales son soportes físicos de una pluralidad de actuaciones públicas y privadas”. Entre las privadas esta la propiedad técnicas interpretativas.

(lxiv) Es una delimitación del derecho de propiedad –y de la libertad de empresa—la norma que impide a un tipo de empresa –los taxistas de Barcelona—expandirse por razones de sostenibilidad. Esta delimitación del derecho de propiedad no exige indemnización.

En 1996 se impide a los taxistas de Barcelona su expansión por razones sobre todo medioambientales, de tránsito y de sostenibilidad. En Barcelona todo el mundo recuerda los días en que éstos, legítimamente, hicieron una huelga. El tráfico y el ruido se redució hasta tal punto que a nosotros no nos sorprende una regulación como la que se debate en la sentencia de 26 de enero 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (sala contencioso-administrativo). Ésta se dictó porque el sindicato de Taxistas Autónomos de Barcelona presentan un recurso contra la Entitat Metropolitana de Transport. El tema central de la discusión gira entorno al derecho a la libertad de empresa, sin embargo en algunos puntos se relaciona con el derecho de propiedad. El Sindicato de Taxistas impugna un Acuerdo del Consell Metropolità de 1 de febrero de 1996 (publicado en el BOP de Barcelona de 19 de marzo, aprobando la Disposición Transitoria 2ª. Regl. Metropolitano de Autotaxis). Concretamente este Sindicato critica el hecho que se prohíban la contratación de nuevos conductores por parte de los titulares de licencias de taxi durante cinco años por razones medioambientales, de salud, seguridad y en resumen, de uso racional de este medio de transporte.

El Tribunal se remite al Libro Blanco y al Acuerdo de Reestructuración del sector del taxi de 1 de febrero de 1996. La intención de fondo es, en beneficio de los usuarios y para conseguir una explotación más racional del servicio, con garantía incluso de mejor estado material de los vehículos por su menor utilización, es reducir enormemente el número de taxis en la área. Estos intereses generales no pueden verse conculcados ante los particulares “de carácter en el caso estrictamente mercantil” (sentencia de 26 de enero 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sala contencioso-administrativo) (FJ 2)).

Este límite a la libertad de empresa, y en cierta medida de los derechos recogidos en el artículo 33 de la Constitución --el Tribunal establece una relación entre ambos-- se produce por razones de interés general, y por ello, aunque se esté limitando la libertad de empresa y en concreto el uso de la propiedad del taxi, no cabe indemnización (sentencia de 26 de enero 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sala contencioso-administrativo) (FJ 3)). El límite a la libertad de empresa se produce en base los artículos 128.1 y 33.2 CE, y se realiza en respuesta al mandato de protección que tienen los poderes públicos ante los derechos contenidos en los artículos 51, 130.1 y 45.2 CE (consumidores y usuarios, deber de atender al desarrollo y modernización de todos los sectores económicos y custodia de los recursos naturales) (sentencia de 26 de enero 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sala contencioso-administrativo) (FJ 3)). Por todo ello la norma de la Administración local de Barcelona se considera conforme a Derecho.

(lxv) A pesar de que un terreno vaya a ser expropiado por la Administración todos los daños que la empresa haya causado ya al medio ambiente deberán ser indemnizados por el propietario de la empresa.

Como esta sentencia de 1 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª), sobre la Red Eléctrica España ya fue analizada aquí tan sólo se destacarán sus aspectos principales. Recordamos que esta decisión respondía a varios recursos de casación contra la sentencia del TSJ de Aragón de 26 de abril de 1993. Lo que ocurría es que la Red Eléctrica realizó una instalación eléctrica en la zona de la Serna-de Peñaflor, sin autorización administrativa y ello comportó que algunos arboles murieran o quedaran dañados. La empresa como no tenía permiso se le impuso una sanción.

En la decisión se discute si debe indemnizarse o no a la empresa por los trabajos de limpieza y preparación para la instalación eléctrica ya realizados. La recurrente cree que debe ser indemnizada por estos trabajos ya realizados ya que si no, de acuerdo con ésta, se produciría un enriquecimiento injusto de la Diputación de Aragón. El argumento no puede acogerse, manifiesta el Tribunal Supremo, porque en el presente caso “se trata de abonar a la Administración el importe de los daños causados al medio ambiente, con independencia del expediente expropiatorio, y como consecuencia de las talas masivas y movimientos de tierra efectuados sin tener en cuenta el proyecto de ejecución aprobado” (sentencia de 1 de marzo de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 4)). Es decir, la empresa no hizo un favor a la comunidad limpiando el bosque, si no que causo un daño a ésta, al medio ambiente con lo

cuál no se admite, ni mucho menos, el recurso.

(lxvi) Es una delimitación del derecho de propiedad conforme a Derecho, que no exige indemnización, las normas que establecen que en el suelo no urbanizable de protección minera podrán realizarse sólo actividades de extracción de tierras y áridos si se obtiene una licencia para ello.

No vamos a repetir todo lo que se ha dicho ya sobre la sentencia de 27 de julio de 1994, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) en la que se debatía sobre la licencia de obras para movimiento de tierras cuando se llevaban a cabo actividades extractivas. Las Normas Subsidiarias de Reocín establecen que en el suelo no urbanizable de protección minera podrán realizarse sólo actividades de extracción de tierras y áridos si se obtiene una licencia para ello. El Tribunal dispone que como la finalidad de tales normas es la conservación del arbolado y la preservación del medio ambiente tal regulación es conforme a Derecho.

(lxvii) En la regulación de la propiedad financiera lo que se intenta garantizar es la estabilidad del sector financiero. Por ello las medidas que vayan en ese sentido son conformes a la Constitución y una delimitación del derecho de propiedad conforme a ésta.

No podemos acabar sin apuntar que hoy uno de los espacios en los que realmente se crea riqueza ya no es el campo o la industria si no que son los mercados financieros. Por ello aquí añadimos una pequeña nota para mencionar una de las sentencias sobre el caso Rumasa SA. La sentencia del Tribunal Constitucional 6/1991 como es sabido trata sobre si es constitucional o no que se haga una expropiación a través de una Ley, que lo es, afirma el Tribunal. Además de la sentencia puede extraerse, como se deduce también de todas las decisiones sobre el caso Rumasa SA, que la propiedad privada sobre bienes financieros no es ilimitada ni que algunos lo crean. La regulación en ese sentido debe ir dirigida a garantizar la estabilidad de los mercados financieros y por ello todas las limitaciones en ese sentido sobre el derecho de propiedad privada financiero se consideran conformes a la Constitución siempre y cuando se respete el otro margen que es permitir que los mercados de valores ejerciten sus funciones,

que son las propias de un mercado, evitando en lo posible, claro está, la especulación. En este caso pues, el Tribunal Constitucional, permite esta expropiación a través de una Ley por razones de estabilidad económica y para garantizar la viabilidad de los mercados financieros. No nos extenderemos más en los casos Rumasa ya que éstos ya fueron descritos en el capítulo sobre expropiación.

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”).

(lxviii) Preferencias constitucionales en Estados Unidos. La respuesta al “ Why me? ”

Cuando exista expropiación deberá indemnizarse tanto si esta exigencia es el resultado de una expropiación formal como si responde a un regulatory taking. La indemnización, hoy en Estados Unidos, es un medio para conseguir un fin, un fin público. Ésta trata de temperar la carga que recae sobre un propietario ante la limitación de su propiedad y a la pregunta que se plantea a menudo en Estados Unidos del “why me?”. Como apunta Tribe, es difícil no caer en la tendencia moderna preguntando qué otros fines generales engloba el requerimiento de la indemnización 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 debería explotar a los individuos con el fin de

conseguir sus goles¹³⁷, o si se tiene en cuenta la idea de que una explotación 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 límite para el poder del government para aislar individuos particulares para ser sacrificados para el bien general (for sacrifice to the general good). Tal límite es irrelevante, aunque en diferentes formas, para cada una de las tres formas legítimas 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 la riqueza, dejando la distribución de la riqueza intacta, pero buscando, a través de la recolocación de objetos o recursos, generar más uniformemente un 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)). Es la tercera hipótesis la que nos interesa analizar aquí. Nos referimos a aquellos casos en que hoy ya no pueden reconocerse como propiedad constitucionalmente protegida. La garantía de la indemnización no puede exigirse si no estamos ante un derecho patrimonial constitucionalmente protegido. Este es el test de la existencia de la propiedad. Si no existe propiedad no hay expropiación ni deberá indemnizarse. La Corte Suprema ha indicado que las expectativas no son propiedad. Se hallan otras situaciones en las que la Corte Suprema ha determinado que no estamos ante una propiedad que deba indemnizarse, en España esta teoría se ha aplicado también, aunque sea indirectamente.

Las dos primeras clases de acción gubernamental, antes descritas, normalmente dejan sin alterar la noción de lo que es un “bien”; la primera, busca fijar lo que es una colección de cosas buenas de una manera diferente y con la segunda lo que se intenta reasignar las piezas que ya han sido carved. El

¹³⁷ El profesor de Harvard Michelman examina estos aspectos en su famoso artículo que revolucionó el concepto de propiedad en Estados Unidos: F. Michelman, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law”, Harv. L. Rev. 80 (1967) 1165-ss.

tercer tipo de acción del government implica un cambio en la misma definición de bien. Sólo el segundo tipo de acción está diseñada para generar un surplus económico a partir del cuál los que han quedado en peor situación pueden presumiblemente quedar compensados. Pero los tres tipos presentan una elección que debe realizarse entre: (i) dejar el daño donde la acción gubernamental inicialmente se ha impuesto, y (ii) tomar los pasos para expandir los daños más ampliamente o por lo menos de manera diferente. Los tres tipos de acciones gubernamentales, pues, plantean la misma cuestión desde una perspectiva del individuo afectado “*Why me?*”. En la primera y la tercera categoría de casos, una respuesta substantiva puede ser disponible.

(lxix) Cuando la Corte establece que ya existía una injusticia que la ley se limita a enmendar.

El Government puede argumentar en la primera situación que el daño debe quedar sin compensación porque la persona “perjudicada” tenía más de lo que le tocaba en primer término (*more than his or her rightful share in the first place*), un deajuste que la injury simplemente ha reajustado – “*much as one would recapture a thief’s booty*” (Tribe, 1988: 606). O el government puede argumentar, en la tercera situación que el “injury” no implica nada más que la obligación de parar una práctica inaceptable que el individuo que estaba realizando. En la segunda categoría, sin embargo, el argumento contra la indemnización es menos substantivo que procedimental: las pérdidas deben permanecer uncompensated porque costaría más administrar un sistema de indemnizaciones para casos como el tuyo que lo que valdría, incluso para tí, a largo término. Entre los que defienden esta postura está el profesor Frank Michelman (1967: 1214-15, 1223-25)¹³⁸.

Dada la naturaleza del daño inflijido, la identidad del individuo perjudicado, y el carácter del cuerpo gubernamental y el proceso a través del cuál la decisión que se ha tomado para inflijir el daño, un juez puede tener buenas razones para sospechar sobre lo apropiado de cada respuesta a la pregunta

¹³⁸ F. Michelman, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law”, *Harv. L. Rev.* 80 (1967) 1165-ss.

del “*why me*”. Una respuesta en términos de redistribución intencionada es menos aceptable cuando los otros todavía afortunados sí han recibido indemnización. Sax trata estas cuestiones sobre la “equal protection dimensions of compensation” en dos artículos, uno de 1964¹³⁹ y otro de 1971¹⁴⁰.

Michelman escribe que una respuesta en términos de beneficios a largo plazo para todos será más sospechosa cuando recaiga sobre alguien en una situación en frecuente desventaja o explotación (1967: 1235-45), o cuando se haga por una administración con un fin programático propio que va más allá en el daño infligido (Tribe, 1988: 607). Sax propone que se haga un closer scrutiny a las pérdidas infligidas por el government en sus “enterprise” que en su capacidad “arbitral” (1964: 61-67). Es decir más de acuerdo con los que se estableció en el caso *Pittsburgh v. Alco Parking Corp*, US (1974) en el que se sostuvo, aunque se realizó un escrutinio más estricto (closer scrutiny), una tasa local en los recibos de parking de los concursantes para los aparcamientos propiedad de la ciudad.

(lxx) *Teorías que intentan responder al “Why me?”.*

Las redistribuciones de bienestar, las denominadas *naked redistributions of wealth* son, obviamente, señala Tribe, problemáticas, por no llamarlas sin sentido, de acuerdo con el requerimiento de la indemnización justa (1988: 606). Este requerimiento exige – es un mandato-- al government que restaure el *status quo ante* compensando a las víctimas (así es como llaman a los propietarios la mayoría de los autores en Estados Unidos) de los *takings*, presumiblemente de los impuestos gubernamentales. El efecto de este requerimiento es, por supuesto, hacer el potencial redistributivo de las regulaciones del government, de redistribución directa seguida por un pago de acuerdo con la *takings clause*, coextensiva con, pero no mayor que, la del poder fisco. Sin embargo, algunos enemigos del *New Deal*, comenta Tribe, y de la *Great Society legislation* confunden la redistribución del bienestar sin sentido bajo la cláusula del *just compensation* –y el respeto que la Constitución

¹³⁹ J. L. Sax, “Takings and the Police Power”, *Yale L.J.* 74 (1964) 36-ss.

¹⁴⁰ J. L. Sax, “Takings, Private Property and Public Rights”, *Yale L.J.* 81 (1971) 149-ss.

acuerda por la propiedad privada por una más amplia y mucho más radical teoría de que la Constitución prohíbe cualquier medida que pueda alterar el estatus del common-law de los propietarios (1988: 606).

El líder de esta escuela es el profesor de la Universidad de Chicago Richard Epstein¹⁴¹. Este autor ha incluido en la provisión del eminent domain de la quinta enmienda el marco para enbosar y congelar para siempre más una visión estática de la propiedad. En su libro, Epstein (1985), interpreta la cláusula de los takings de manera que engloba un amplio sentimiento anti-confiscatorio que “*forecloses virtually all public transfer and welfare programs, however designed and executed*” (1985: 324). Para Epstein las normas básicas de la propiedad privada son inconsistentes con cualquier forma de “*welfare benefits*”. De este modo, siguiendo a la Escuela de Chicago liberal (Posner, Coase, ...) propone que los jueces anulen cualquier ley sobre impuestos progresivos sobre la renta (progressive income tax), las leyes que establezcan salarios mínimos (minimum wage laws), y la National Labor Law (1985: 327-328), así como muchas otras medidas progresivas del siglo veinte critica Tribe (1988: 606).

El profesor de la escuela de Harvard, Laurence Tribe, --más próximo a opiniones de la escuela de los *Critical Legal Studies*, defendidas de manera contundente en Harvard (Duncan Kennedy, Frank Michelman,...)--desautoriza este autor de la Universidad de Chicago basándose en la obra de Grey (1986)¹⁴² y afirma que: Mientras que la aversión hacia la legislación económica y social latente en la obra de Epstein puede que tenga alguna respuesta en algunos círculos, como base constitucional no tiene sentido. Los gaps, así como las asunciones gratuitas en la interpretación reaccionaria de Epstein de la quinta enmienda, demasiado extensas para describir, son expuestas por Grey (Tribe, 1988: 606).

Las conclusiones de Grey son: que la defensa de Epstein de “*nothing less than the constitutional rollback of the welfare state*” es “*a travesty of constitutional scholarship*” (1986: 22,24). En opinión de Tribe, mientras que Grey rebata el trabajo de Epstein en numerosos frentes el otro, Epstein, “*sub silentio, imputes to the founding fathers a hotly contested and exceedingly dubious economically-oriented view of the Constitution*” (Tribe, 1988: 606). Grey escribe que, una vez se ha despejado la teoría de

¹⁴¹ R. A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985).

¹⁴² T. C. Grey, “The Malthusian Constitution”, *U. Miami L. Rev.*41 (1986) 21-ss.

Epstein de la “verborrea” sobre el rigor y los derechos naturales – exactamente lo califica así “verbiage about rigor and natural rights”-- la teoría de Epstein es que la propiedad privada es una serie de normas que gobiernan la distribución y la localización de los recursos de manera que produzcan el máximo bien a un máximo número de personas (1986: 45).

Es debido a la prohibición determinante de legislación intervencionista que las afirmaciones de Epstein necesariamente literalmente requieren al government, escribe Grey, dejar a los pobres y a los débiles a su propia suerte --“*government [to] leave the weak and helpless to their fate*” (1986: 47). Es por todo esto que Grey que llama a las visiones de Epstein – que él critica en su artículo que lleva el mismo nombre-- la “Constitución Maltusiana”. Epstein, con mucho humor y con todavía más optimismo responde a las críticas de Grey, y de muchos otros, con otro artículo que él cree que ya va a ser definitivo y que titula “La última palabra en eminent domain”¹⁴³. En éste argumenta que las críticas baratas a su visión de la cláusula del eminent domain quedan del todo descalificadas si se tiene en cuenta que su visión es la única teoría completa de la cláusula (*remains the only complete theory of the clause*) (1986: 275).

(lxxi) *La compleja naturaleza de la propiedad privada. Lo que ya se estableció en la ley de Costas española: las playas nunca debieron ser privadas.*

Mientras que la cláusula de la indemnización justa (*just compensation clause*), parece representar un control substancial en el poder del government, es posible, para el government tomar una opción distinta en defensa de sus acciones. El government simplemente puede afirmar: No puedes quejarte de ningún daño ya que nunca tuviste lo que estás exclamando que se te ha quitado (“*You can't complain of any injury at all, since you never had what you claim we have taken away*”) (Tribe, 1988: 607). Desde un principio, tu propiedad estaba ya sujeta a una condición que, cuando nosotros, el government, deseáramos y creyéramos oportuno hacerlo, podríamos restringir o transferirla. Así, en la sentencia *HFH, Ltd. v. Superior Court*, US (1976) la Corte Suprema ha sabido que cada inversor urbanístico (land investor) debe saber que los controles medioambientales pueden imponerse en cualquier

¹⁴³ R. A. Epstein, “The Last Word on Eminent Domain”, *U. Miami L. Rev.* 41 (1986) 253-ss.

momento. Y en *Dames & Moore v. Regan*, US (1981), mantiene que no existe una expropiación cuando el *government* federal (“US”) invalida el embargo de las posesiones iraníanas porque los dispositivos del demandante son “revocables” y “eventuales”.

Este enfoque no es tan extraño a finales del siglo dieciocho la visión de la propiedad del *common-law* feudal veía a la propiedad como algo perteneciente al rey y todavía tenía una importante presencia y así quedó reflejado en las republican-communitarian nociones de propiedad. De este modo se explica la ausencia de las *just compensation* clauses en casi todas las constituciones estatales postrevolucionarias, o de la Constitución de 1787, en la que falta también una *just compensation* clause limitando a la acción estatal: a pesar de que la Constitución contenía una cláusula prohibiendo al estado perjudicar contratos y otra prohibiendo expropiaciones *federales* sin compensación, no había ninguna prohibiendo *state takings* sin compensación.

A juicio de Treanor (1985: 701)¹⁴⁴ la ausencia de estas cláusulas en gran parte refleja una fuerte creencia en que el legislador gobernará sabiamente y no abusará su discreción¹⁴⁵.

Por otro lado, existe una tradición “liberal” muy diferente, que puede constatarse en *Madison’s 10th Federalist*, que coexiste con la herencia republicana, asciende en la era *Lochner*, y permanece presente, aunque no intacta, en el periodo posterior a 1937. Treanor, expone que mientras que Madison no creía que la propiedad fuera un derecho natural, éste mantenía que su protección era de una importancia crítica porque la diversidad de intereses que la posesión de la propiedad ocasionaba prevenía la tiranía y porque la adquisición de la propiedad derivaba necesariamente de la libertad de acción que Madison consideraba una parte esencial de la libertad (1985: 710).

La convivencia entre estas dos opciones “liberales” es tan notable que llega hasta el punto en que

¹⁴⁴ W. M. Treanor, “The Origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment”, *Yale L.J.*, 94 (1985) 694-ss: “All property”, Thomas Paine asserted, ‘is safe under their [the people’s] protection” (1985: 701).

¹⁴⁵ Asimismo vean la obra más reciente de Treanor: W. M. Treanor, “The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process”, *Colum. L. Rev.* 95 (1995) 785-ss.

la propiedad privada debe respetarse de acuerdo con las visiones republicanas y positivistas, se hace necesario resistirse incluso una proclamación del government explícita de que toda la propiedad adquirida en la jurisdicción está sujeta al poder gubernamental ilimitado para hacer con ella lo que desee.

Tribe opina que al government debe negarsele el poder de dar fuerza vinculante de manera que arrastre una proclamación, ya sea implícito o explícito, si vamos a dar crédito a la cláusula de la just compensation como una limitación real del poder federal y, a través de la decimocuarta enmienda, en el poder estatal y local (1988: 608).

(lxxii) El derecho de propiedad como un derecho "menos fundamental" y el contenido esencial del derecho de propiedad.

Las normas, sobre el derecho de propiedad deben reflejar una mezcla de distintas preocupaciones -incluida la regularidad, la autonomía, y la igualdad (regularity, autonomy and equality) (Tribe, 1988; Radin, 1982; Michelman, 1981;¹⁴⁶ y Reich, 1964). Si no se tienen en cuenta estas preocupaciones, estamos indefensos ante el tentador pero fatal argumento de que, como que es el government el que dá, éste también puede quitarlo (Tribe, 1988: 608-609). La concepción de propiedad de la Corte en el análisis de los takings, sin embargo, ha reposado a menudo demasiado en lo que los juristas entienden por "*traditional property*".

Los Jueces de la Corte Suprema aparentemente creen que saben cuando hoy una expropiación cuando ven una¹⁴⁷. Algunas veces los jueces de la Corte Suprema ven el test constitucional con

¹⁴⁶ F. Michelman, "Property as a Constitutional Right", *Wash & L.L. Rev.* 38 (1981) 1097-ss.

¹⁴⁷ B. A. Ackerman, *Private Property and the Constitution* (New Haven, USA: Yale University Press, 1978) y L.H. Tribe, *Constitutional Choices* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985).

transparencia, y su misión simple, y así lo expresaron, en *United States v. Butler*, US (1936) 62: encuadrando el artículo de la Constitución que es invocado dentro de la ley que es recurrida y decidir si el último encaja con el primero (“*to lay the article of the Constitution which is invoked beside the statute which is challenged and to decide whether the latter squares with the former*”). Esta noción mecánica de la judicial review elude que son los hechos lo que la Constitución no provee afectando así a la propiedad, y las decisiones de la Corte en años recientes sugieren que está otra vez santificando el common law como un principio constitucional que debe dibujar el sentido común (Como ya se dijo anteriormente a partir de la sentencia *Eastern Enterprises v. Apfel*, US (1998) de la Corte Suprema el estado no puede convertir la propiedad privada en pública sin indemnización y asimismo en esta sentencia se establece que el derecho de propiedad es la certeza de que no habrán expropiaciones arbitrarias).

La deferencia de la Corte hacia las concepciones del common-law de propiedad quedó plasmada en el caso *Webb's Fabulous Pharmacies, Inc. V. Beckwith*, US (1980). En el la Corte unánimemente invalidó un intento del estado de definir como propiedad pública (*public property*) el interés ganado en unos fondos privados que habían sido depositados con una corte estatal en el transcurso de un procedimiento de interpleader (que es un proceso para aclarar a quién el deudor debe pagar. Entonces, para explicarlo rápido, el acreedor deja el dinero en una corte mientras se dilucida a quién debe realmente pagar). *Webb's* estaba en una situación financiera pesada, y otra cadena farmacéutica, *Eckerd's*, convino comprar sus bienes. De acuerdo con la ley de la Florida, *Eckerd's* presentó el precio de compra a una corte estatal e interpuso el depósito (el *interpleaded*) respecto *Webb's* y unos 200 acreedores. El técnico de la corte depositó los fondos de la compra en un interest-bearing account y dedujo una determinada suma, establecida legalmente, como tasa por los servicios ofrecidos. La suma, fue finalmente pagada a un court-appointed receiver, pero el clerck retuvo cerca de \$100.000 de interés amparado en que la legislación de la Florida (sección 28.33, 156 n.1), que disponía que el interés ganado por el dinero depositado se considera income de la oficina del juzgado (“*interest accruing from moneys deposited shall deemed income of the office of the clerck*”).

En una opinión unánime de la Corte Suprema anula el estatuto declarando que la norma general usual (“*usual and general rule*”) es que el interés debe seguir al principal. El interés no se retenía como una tasa, ya que la tasa estatal ya había sido deducida. Por lo tanto, el interés pertenece a los acreedores de *Webb's* como un accesorio (“*incident of ownership*”) del principal. La Corte Suprema de la Florida sostiene que, debido a que no había ningún requerimiento para que los fondos depositados en

el registro de la corte fueran invertidos, y debido a que la ley que dirigía la inversión declaraba que el interés ganado, por lo tanto era propiedad pública. Por ello se entiende que el estado tan sólo ha tomado lo que el mismo ha creado.

La Corte Suprema de Estados Unidos acepta este argumento, y manifiesta que ello ocurre porque la Constitución federal no crea derechos de propiedad, que la propiedad es esencialmente lo que el estado diga que es¹⁴⁸. Sin embargo Corte Suprema federal acaba rechazando los argumentos agrícolos de la Corte Suprema de la Florida. La Corte Suprema federal acaba unánimemente rechazando el único derecho depositivo aplicable a favor de su propia noción de propiedad neo-Lockean, y declara que el estado no puede transformar la propiedad privada en pública si no se da una indemnización (“*a State, by ipse dixit, may not reansform private property into public property without compensation*” (*Webb's Fabulus Pharmacies, Inc. V. Beckwith*, US (1980) 164)).

El Juez Blackmunt, que escribe la opinión de la Corte, intenta restringir ésta precisando que el mismo resultado no tiene porque obtenerse necesariamente si el interés expropiado fuera el único servicio cobrado por el estado. A su vez apunta que tal cobro podría incentivar al estado a retener los fondos del interpleader para el máximo de tiempo posible.

Tribe opina que a pesar de las reservas de la Corte parece poco probable que el mero hecho de llamar a la confiscación de intereses un cobro por servicios pueda autorizar al estado defender la noción tradicional de propiedad que los Jueces subscriben. El estado no puede buscar los intereses sobre la propiedad, de la misma manera que la propiedad de una granja incluye el derecho a un cielo tranquilo. Además, continúa, el interés sobre la propiedad de un sofá incluye el derecho a un hearing antes del prejulgamento por el creditor; por lo tanto los derechos patrimoniales en un fondo depositado temporalmente en una corte evidentemente incluye el derecho al interés que se perciba, no importa cual sea la legislación estatal que defina al principal (1988: 610). De todos modos, no cada interés en los derechos patrimoniales da derecho a una protección judicial, se estableció en *Webb's*. Algunos intereses son problemáticos. Si un interés particular en propiedad es altamente especulativo o evanescente, es más difícil que la corte juzgue si lo que se ha dado ha cambiado por su expropiación es una indemnización

¹⁴⁸ Y para ello se basa en *Regents v. Roth*, US (1972).

suficiente. Cuanto menos tradicional sea la propiedad, menos probable es que la Corte encuentre que ha habido un uncompensated taking (1988: 610).

Por otro lado en *Fuentes v. Shevin*, US (1972) se requiri3 un notice y un hearing antes del prejudgment replevin por un creditor de unos bienes del hogar (*house-hold goods*) vendidos al *debtor* en un contrato de venta condicional, a pesar de la pre-existencia de una ley estatal que autorizaba una *ex parte prejudgment replevin*.

En *North Georgia Finishing, Inc. v. Di-Chem, Inc.*, US (1975) se requiere un probable cause hearing ante el garnishment of corporate bank account, a pesar de que el contrato entre el creditor y la *garnishee corporation*, establecía que si se construía a la luz de una ley estatal pre existente se condicionaba el interes en la propiedad de la corporaci3n en la cuenta bancaria sobre el relinquishment de cualquier derecho de demandar tal *hearing*.

(lxxiii) *Los intereses patrimoniales "evanescentes" no requieren una compensaci3n. La falta de indemnizaci3n completa no puede calificarse como un regulatory taking.*

En *Duke Power Co. V. Carolina Environmental Study Group*, US (1978) la propiedad alegada que había sido expropiada era tan intangible que lo era todo menos invisible, lo que era exactamente era una propiedad no tradicional, Los afectados habían recurrido la Ley Federal Price-Anderson, que limitaba a \$560 millones el derecho a cobrar por los daños producidos por un accidente en una planta nuclear. El caso presenta cuestiones interesantes de *standing*¹⁴⁹ y *ripeness*¹⁵⁰ las cuales fueron contestadas por la Corte a favor de los afectados.

La Corte Suprema manifiesta que no existe un taking cuando los afectados pierden un derecho a una recompensa incierta, en el caso de "exceedingly remote event" de un accidente nuclear, que debe

¹⁴⁹ Standing es el derecho de acudir ante una corte siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello.

¹⁵⁰ La doctrina del ripeness es aquella doctrina en derecho constitucional bajo la cual la Corte Suprema, de acuerdo con su propia política de self-restraint, no decidirá casos "in advance of the necessity of deciding them" (Sentencia 331 US 549).

ser pagado por compañías de servicios con aseguradores privados, y garantiza en cambio el derecho a una indemnización, que aunque limitada, sería dada en bases a la strict liability y sería así distribuida equitativamente entre los reclamantes sin que se de una carrera hacia los juzgados (“*race to the courthouse*”) (*Duke Power Co. V. Carolina Environmental Study Group*, US (1978) 85-86).

La Corte asimismo rechaza el derecho de petición por parte de los posibles afectados bajo la clausula del proceso debido (*due process clause*) de ser libres de una planta nuclear o de beneficiarse del estado de incertidumbre que conlleva el desarrollo de una planta nuclear (“*take advantage of the state of uncertainty which inhibited the private development of nuclear power*” (*Duke Power Co. V. Carolina Environmental Study Group*, US (1978) 88 n.33)). El argumento de la Corte Suprema es que las compañías aseguradoras privadas no hubieran asegurado las plantas nucleares por ninguna cantidad si tuvieran que indemnizar por todos los daños que esta pueda causar y sin esa aseguradora, reflexiona la Corte, probablemente no se contruirian reactores nucleares. La Ley Price-Anderson pues, fue entendida como una decisión deliberada de exponer a algunas personas al riesgo de una explosión nuclear o a alguna otra catastrofe basada en que el Congreso toma la decisión de fijar a las plantas nucleares como interes público. Para el government, negar una indemnización completa (*full compensation*) a las víctimas implica ciertamente sacrificar unos pocos para el bien de todos o incluso, si se piensa en los beneficiarios primarios de las plantas nucleares, sacrificar unos pocos en beneficio de las compañías de servicios que son de hecho las que presionaron para que se aprobara la *Price-Anderson Act*, frente a unos pocos, todavía a más influyentes.

A juicio de Tribe existe un punto menor en la opinión mayoritaria que parece crucial. La Corte repetidamente enfatiza el hecho de que el Congreso se ha comprometido expresamente de tomar cualquier acción de emergencia que sea necesaria para ayudar a las víctimas de un accidente nuclear si los fondos de la aseguradora resultaran insuficientes. De todas maneras, la declaración de constitucionalidad de la *Price-Anderson Act* no puede activar la promesa del Congreso de arreglarlo todo (“*to make everything right*”) en el caso de un desastre nuclear, ya que tal promesa no es vinculante frente a un nuevo Congreso. Los ciudadanos no tienen más intereses patrimoniales adquiridos (*vested property interest*) en los beneficios prometidos por el government en una ley (“*in statutorily promised government benefits*”) – prometidos pero no garantizados --así lo afirmó la Corte Suprema en el famoso caso *Railroad Retirement Bd. V. Fritz*, US (1980) --de los que puedan tener de los derivados de cualquier norma del common law -- tal y como se mantuvo la Corte Suprema en *Duke Power*. Por lo tanto la promesa del congreso de adecuaciones legislativas futuras (*future legislative appropriations*) en

Price-Anderson Act es obviamente todavía menos alegable de lo que lo podrían ser los programas de reclamación tradicionales. Ninguna víctima futura podría ejercer tal *pledge* ante una corte.

Por lo tanto, *Duke Power* sólo puede entenderse como una decisión de la Corte de entender a la “*property*” que los recurrentes reclaman como deprivada como algo que simplemente la Corte este preparada para llamar propiedad; era demasiado problemático (*Thus Duke Power can only be understood as a judgement by the Court that the “property” of which plaintiffs claimed to have been deprived simply did not look like anything the Court was prepared to call property; it was far too problematic*).

El *síndrome de la China* – así lo denomina la Corte Suprema-- y otros accidentes nucleares fueron considerados improbables y extremos. Una recompensa completa en el caso de un desastre sería del todo incierto dado el estado del derecho de daños (*tort law*) y lo limitado de los recursos financieros de los servicios y de sus aseguradores. E, incluso si se diera una compensación completa cuando se diera el accidente, el peor caso, como lo fue Nagasaki, fueron tan horribles que hacen que cualquier pago inadecuado (Tribe, 1988: 612). A cambio por este contingente extremo y por este interés patrimonial evanescente, los demandados recibieron un *strict-liability recovery* de unos fondos establecidos así como los beneficios de una planta nuclear que el Congreso encontró tan *compelling*. La Corte Suprema decidió que el trato era suficiente, y que no era una expropiación.

La Corte llega a una conclusión similar en el caso *Iran Dames & Moore v. Reagan*, US (1981). En respuesta a la presa de la embajada americana y la toma de rehenes en Iran, el presidente Carter, autorizado por la *International Emergency Economic Powers Act* (IEEPA), congela todos los bienes iraníes bajo jurisdicción de los Estados Unidos. Embargos prejudiciales (*prejudgment attachments*) contra tales bienes fueron condicionalmente autorizados, pero el Presidente paró la aprobación de cualquier decreto final en este sentido. Como parte del acuerdo que acaba con la crisis de los rehenes el Presidente revoca las licencias condicionadas de embargo, anula los embargos, y ordena que todos los bienes iraníes sean transferidos a la *Federal Reserve Bank* de Nueva York con el fin de devolverse a Iran. Los acreedores frente a los bienes iraníes, que tienen derechos adquiridos a partir de contratos exigibles, se oponen. Éstos pierden la posibilidad de satisfacer sus reclamaciones contra Iran en relación a los bienes congelados. El único recurso que les queda es el arbitraje en un tribunal internacional especial que posee una capacidad limitada para satisfacer las enormes reclamaciones de los acreedores, porque sólo dispone de un billón de dolares y una promesa de pago – de valor relativo – de pagos

futuros por parte de Iran. Los acreedores entienden que el acuerdo Iran-Estados Unidos sacrifica los intereses financieros de una pequeña clase de acreedores y les fuerza a soportar el peso de obtener la liberación de los rehenes.

La Corte Suprema adopta una visión estrecha de la noción takings y responde sólo a la cuestión formal de si el government ha destruido los intereses patrimoniales de los acreedores al anular el embargo de los bienes iraníes obtenidos gracias a las licencias presidenciales condicionadas. La Corte, ofrece una opinión escrita por Rehnquist (que fue nominado por Reagan recordamos), en la que sostiene que “debido a que los embargos de los acreedores eran contingente revocable y en cualquier caso subordinados al poder presidencial bajo la IEEPA, el demandante no tiene derecho a adquirir intereses patrimoniales sobre ellos de tipo tal que permitan una reclamación constitucional para su compensación” (*Dames & Moore v. Reagan*, US (1981) 674).

La IEEPA (una ley americana, que no una norma internacional), deja claro que los negocios que impliquen comercio con países extranjeros no deben basarse en la disponibilidad de bienes poseídos por propietarios extranjeros en los Estados Unidos, porque en tiempos de conflicto estos bienes se convertirán en elementos de negociación en el juego de la diplomacia. Y sin acceso a los embargos incondicionados, los acreedores tienen reclamaciones que no son ni ejecutables ni valen nada. El acuerdo así, depriva a los acreedores sólo del derecho de demandar al Ayatollah, escribe Tribe, que es poco probable, por ponerlo suavemente, que pague sus deudas a los queridos discípulos financieros del “Gran Satan” (1988: 613).

Junto a esta pérdida del problemático derecho a reclamar estaba la previsión de un crack en el fondo de un billón sostenido por el tribunal de reclamaciones internacional, y la oportunidad de demandar al gobierno federal bajo la *Tucker Act* en base a que la suspensión de reclamaciones contra Iran podía constituir una expropiación. Dadas las incertidumbres de la política exterior y el carácter evanescente de los bienes extranjeros, los acreedores norteamericanos de los iraníes obtuvieron lo que ellos debían haber esperado. La mayoría concluye que, a diferencia del aspecto del embargo, la cuestión de si la suspensión de las reclamaciones contra Iran constituía un taking no era judicial, pero opina que una *Court of Claims* sí podría tener jurisdicción para considerar tal caso (*Dames & Moore v. Reagan*, US (1981) 688-89 n. 14).

De este modo la decisión de la Corte en *Dames & Moore v. Reagan*, US (1981), de que no es una expropiación, parece así, en opinión de Tribe, consistente con los amplios controles de la doctrina

bajo la takings clause: a menos que la cláusula se convierta en un mandato para “shackling” el government bajo el modelo de la minima, night-watchman estado, sólo un numero muy restringido de notablemente tradicionales, expectativas seran consideradas protegidas bajo el requisito de la indemnización.

(lxxiv) Las Expectativas.

Las expectativas protegidas por la cláusula deben tener sus bases fuera del derecho positivo. Fundamentadas en la costumbre o en la necesidad, las expectativas consiguen un estatus de protección no porque el estado las haya diseñado para garantizarles protección, sino porque las normas constitucionales les permiten protección¹⁵¹. La Corte Suprema norteamericana, como la española, ha ido también dilucidando que expectativas son propiedad ya adquirida y por lo tanto indemnizable y cuales no. La Corte Suprema norteamericana ha establecido que las expectativas sobre la seguridad social no son propiedad sujeta a indemnización bajo el derecho de expropiación (“under takings law”) (*Fleming v. Nestor*, US (1960) 603). Tampoco se considera propiedad “indemnizable” la esperanza de renovar un contrato de arrendamiento (*United States v. Petty Motor*, US (1946)).

Para determinar qué expectativas son propiedad indemnizable la jurisprudencia de la Corte Suprema, sugiere que se asuma un concepto de intereses patrimoniales mucho más amplio de acuerdo con el concepto empleado en el derecho procesal del proceso debido. Así en *Logan v. Zimmerman Brush*, US (1982) la Corte Suprema decide que el derecho a usar la practica de justo empleo estatal incluye un interés patrimonial bajo la clausula del proceso debido (lo que en americano se denomina el *due process clause*).

¹⁵¹ Tribe apunta que para conocer una discusión sobre la necesidad de los limites del positivismo legal, particularmente tal y como se ha manifestado en la entitlement doctrine puede verse el artículo de Flax: J. Flax, “Liberty, Property, and the Burger Court: The Entitlement Doctrine in Transition”, *Tulane L. Rev* 60 (1986) 889-ss (Tribe, 1988: 608).

En *Bowen v. Gilliard*, US (1987) la Corte dispone que cuando un niño recibe una cantidad por orden del juez, éste no tiene asimismo un derecho adquirido protegido que permita a sus progenitores reclamar tales beneficios en nombre del niño. Por lo tanto, el Congreso puede requerir a las familias que reciban tales welfare retribuciones, y esto lo sostiene la Corte Suprema, que den parte del dinero que estaba asignado para un niño en concreto al *government* a cambio de incrementar en general los ingresos que pueda recibir la familia por parte de éste. No nos detenemos más aquí ya que en muchos de los casos que se analizan se describe concretamente en que caso una expectativa ha conllevado una indemnización.

(lxxv) Un concepto más amplio de intereses patrimoniales que se aplica a los taking de la misma manera que se aplica al due process clause.

Algunas de las decisiones de la Corte Suprema sugieren que un 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 podían 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 – manifestantes- - de acuerdo con la sentencia *PruneYard Shopping Center v. Robins*, US (1980).

Tal y como apuntan Tribe (1985: 591) y Grey (1986: 31)¹⁵² 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

¹⁵² T. C. Grey, "The Malthusian Constitution", *U. Miami L. Rev.* 41 (1986) 21-ss.

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 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 él podía excluir a otros antes de la expropiación. Como apunta Bruce Ackerman¹⁵³ 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).

(Lxxvi) En España, aunque unos daños-límites a la propiedad sean previsibles y muy probables hasta que éstos no se hayan producido no se indemnizará a la propietaria y además tal indemnización se hará en base a la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración y no a través de la expropiación (“indemnizable”).

El contenido esencial de la propiedad no se ve afectado por esta falta de previsión – por la falta de aplicación de la figura de la expropiación y su correspondiente indemnización--. En la sentencia de 4 de julio de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) se concede indemnización a unos agricultores por daños que realmente ya se han producido en sus propiedades agrícolas y que han sido comprobados y tasados. El Tribunal Supremo apunta que estamos ante un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración aunque al mismo caso se le podría haber dado un enfoque distinto, desde la figura de la expropiación (que implique indemnización) ya que, a nuestro juicio, los daños pro

¹⁵³ B. A. Ackerman, *Private Property and the Constitution* (New Haven, USA: Yale University Press, 1978).

futuro son previsibles y muy probables. Por ello creemos que debería iniciarse un procedimiento expropiatorio en contra de los agricultores que incluya una indemnización ya que las limitaciones que van a sufrir sus propiedades sucederán por ser continuados y permanentes.

Los recurrentes, agricultores, reclaman la responsabilidad patrimonial de la administración por daños y perjuicios ya que su propiedad agraria se ve perjudicada a raíz de las reses (ciervos gamos y jabalíes) del fundo vecino, un parque natural, que destruyen y se comen sus cultivos. La parte apelada es la Junta de Extremadura. 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 Cíjara al no estar ésta vallada. A su entender, éstos daños son continuados y permanentes. La Junta de Extremadura propone al propietario adquirir sus terrenos pero éste no lo acepta.

El Tribunal Supremo en el fundamento jurídico quinto dispone que debe indemnizarse al propietario si los daños se tasan y comprueban como directamente provocados por la fauna descrita del Parque y por el hecho de no encontrarse éste debidamente deslindado y vallado. En el sexto el mismo Tribunal comprueba que los daños producidos a éste, en el monte de Valdemoros se los han causado los ciervos, gamos y jabalíes de la Reserva Nacional de Cíjara, (“no pueden ponerse en duda”, afirma el Tribunal). La indemnización debe comprender, concluye la sentencia, los daños y los beneficios dejados de obtener en el cultivo si las reses de la Reserva no hubieran destruido o comido el cultivo. Por ello la decisión estima el recurso de apelación del recurrente y determina que la Administración tiene responsabilidad patrimonial y debe indemnización al agricultor por los daños y perjuicios causados en los cultivos, el arbolado y pastos de las fincas del monte Valdemoros (sentencia de 4 de julio de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª)).

En este supuesto, siendo los daños previsibles, ya que el parque no estaba vallado y era más que predecible que los ciervos, gamos y jabalíes no se quedarían en éste por más que se les indicara, cabe preguntarse, a modo tan sólo de reflexión, si no sería más lógico que la Administración hubiese recurrido directamente a la figura de la expropiación – como incluso ella misma sugiere (cuando propone la compra de las fincas)--, anticipándose a los posibles daños, a las limitaciones que supone para un agricultor ser “vecino” de tal fauna. Otra solución podría ser, también solución directa y anticipadamente compensatoria, que la Administración contratase para los agricultores y ganaderos, que

colindan con parques, con animales que ahora tanto gusta dejar en libertad, como los osos o los ciervos, un seguro ante los daños que prediciblemente se van a producir (el Tribunal reconoce que son permanentes y continuados). Esto es, por supuesto, tan sólo una reflexión que de momento dejamos aquí.

El criterio que se desprende de la sentencia es a grandes rasgos que la regulación que permite que los daños que sufra un propietario, aunque sean continuados y permanentes --es decir calculables y predecibles-- a raíz de la aplicación de una norma para la protección del medio ambiente (que es la que permite dejar libres las reses) si no se prueban uno por uno y cuando ya se hayan producido es constitucional y no implica indemnización. Es decir, esta norma está delimitando el derecho de propiedad y no estableciendo un procedimiento expropiatorio. Ello implica que el contenido esencial del derecho de propiedad no se ve vulnerado por actos y normas de la Administración que causen daños al propietario si ésta prevé la posibilidad que posteriormente puedan reclamarse daños y perjuicios.

En el presente texto opinamos que estamos ante un caso típico en el que se obliga a un propietario, al azar, a soportar el precio de proteger el medio ambiente sin justificación alguna. Creemos que el hecho que se obligue al propietario cada vez a perder tiempo y dinero para recuperar los daños permanentes y previsibles causados por las reses es un precio que no debería soportar y vulnera el contenido esencial del derecho de propiedad agraria. Más si tenemos en cuenta que puede solucionarse fácilmente, y el coste para la Administración sería o podría ser prácticamente el mismo --por ejemplo si contrata como se ha sugerido aquí seguros privados ante los posibles, permanentes y continuados daños--. A ello debe añadirse el hecho que el desarrollo agrícola, la propiedad agraria, es el primer objetivo a perseguir por parte de los poderes públicos respecto la función social de la propiedad agraria; o por lo menos esto era lo que se había afirmado hasta el momento (y muy insistentemente desde la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987). El medio ambiente también es un interés a proteger, y que compartimos, por supuesto. Ahora bien lo que se debe intentar, y más cuando el precio para la Administración seguramente será el mismo, es que los dos intereses: agricultura y medio ambiente, queden ponderados proporcionalmente. Se trata de no eludir el principio de eficacia.

(lxxvii) 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 sucedía 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 bancales,

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.

(lxxviii) 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”:

(a) La clasificación del suelo en distintas clases forma parte del aspecto básico del derecho de propiedad sobre el suelo

El Tribunal Constitucional define, partiendo de las normas cuestionadas, lo que son los criterios de valoración básicos del derecho de propiedad urbana: “la división del ámbito territorial municipal en todas o algunas de las siguientes hipótesis básicas: suelo consolidado urbanísticamente, suelo apto para el proceso urbanizador y suelo preservado de tal proceso; supuestos básicos a los solos efectos de anudar determinadas facultades dominicales y unos criterios de valoración a su vez básicos del derecho de propiedad urbana ”(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.

El Título I del TRLS define el “Régimen urbanístico de la propiedad del suelo”. La clasificación del suelo en distintas clases forma parte del aspecto básico del derecho de propiedad sobre el suelo: “El carácter básico que se establece a raíz del art. 149.1.1 CE se expresa en la clasificación de la propiedad urbana en diversas clases de suelo” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 15)). Lo que dispone el art. 9.1 TRLS es la existencia de tres supuestos básicos de suelo: “Por relación con el derecho de propiedad urbana, a fin de distinguir otros tantos regímenes jurídicos fundamentales: suelo en el que no puede darse esta forma de propiedad (delimitación negativa); suelo en el que sí puede establecerse y, por tanto, se encuentra abierto a un proceso de adquisición; y, en fin, suelo en el que ya se ha consolidado su existencia”. Lo relevante en este caso es que el Tribunal Constitucional declara que esta clasificación responde a la artificiosidad de la propiedad urbana, que plantea problemas específicos, que pueden requerir un tratamiento jurídico propio: “Estas hipótesis, por lo demás, no son sino consecuencia necesaria del carácter artificial de esta manifestación del dominio, en cuanto producto histórico del hombre, con las peculiaridades que ello entraña. En efecto, el régimen jurídico de la propiedad del suelo, desde la perspectiva urbanizadora (exclusión; proceso de creación; régimen de consolidación), plantea problemas específicos, que pueden requerir un tratamiento jurídico también propio, según el supuesto de que se trate. La mera distinción operada por el precepto es, pues, compatible con el orden constitucional de distribución de competencias” (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 15 a)). Y en el apartado posterior el Tribunal Constitucional subraya la total discrecionalidad de la Administración ante esos objetivos – planificar, garantizar una vivienda digna,.... 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)).

(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 de ser indemnizada.

El art. 15 se limita a sentar el criterio general según el cual 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 acuerdo con la respectiva legislación sectorial que sea de aplicación o, en términos negativos, declara prohibido todo uso constructivo o edificatorio en suelo no urbanizable. Así formulado, el art. 15 está delimitando, por vía negativa, el ámbito o alcance de la propiedad

urbana que, en consecuencia, queda excluida en el suelo no urbanizable, salvo en los supuestos excepcionales del art. 16. (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16)).

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)).

(lxxix) El derecho a edificar no forma parte del derecho de propiedad urbana.

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.

En el apartado i de la sentencia se cuestionan los artículos 34 y 36 del TRLS que recogen la "no adquisición del derecho a edificar" y los "efectos de la extinción del derecho a edificar" respectivamente. A nuestro entender ambos artículos pueden suponer una grave incisión en el derecho de propiedad urbana, por lo menos a simple vista, y si no se incluye la cláusula de la función social ni la indemnización correspondiente a raíz de un proceso expropiatorio. El Tribunal Constitucional, en un inicio también lo ve de este modo: "Estos preceptos, atinentes al derecho a edificar como facultad inherente al derecho de propiedad urbana, contienen una regulación que responde a la misma lógica de los arts. 27, 30 y 31 relativos al derecho al aprovechamiento urbanístico, y a los que ya nos hemos referido" pero concluye que estamos ante una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 i)).

(lxxx) En España existen determinados bienes que el Tribunal Constitucional califica como "no susceptibles de apropiación privada" y que por lo tanto, cualquier limitación a éstos no debe entenderse como una regulación excesiva.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desprende que el agua, el mar y su ribera nunca debieron ser privados y nunca lo fueron realmente. La legislación sobre aguas anterior a 1988, a la Ley de Aguas Estatal ya reconocía la publicidad de parte de las aguas y por lo menos de las aguas sobrantes, que pasaban directamente a ser públicas. En la sentencia sobre la Ley de Costas el Tribunal Constitucional manifiesta que la ribera y el mar nunca debieron privatizarse, que la propia naturaleza de los bienes no lo permitía, que como mucho lo que tenían esos propietarios eran derechos de aprovechamiento sobre la costa, pero lo que es la propiedad sobre el mar pues no porque era imposible (STC 227/1988). Desde luego esta es una manera un poco exagerada de exponer lo que ha sido la relación entre el derecho de propiedad privada ante los bienes de dominio público, pero tal exageración no va del todo desencaminada como se verá a continuación.

En un país como España, en el que existe una escasez de agua importante la Ley de Aguas de 1988 tuvo su impacto. El Tribunal Constitucional se limitó a corroborar ésta desde el punto de vista dominical – desde el competencial ya hubieron más problemas. El interés general, la sequedad, el carácter limitado del agua, el hecho de que el agua sea imprescindible para el desarrollo económico son tan importantes que la Ley y el Tribunal permitieron que la propiedad privada sobre el agua pasara a ser concesiones – por decirlo de manera muy general—en la mayoría de los casos sin que la Ley de Aguas reconociera ningún tipo de indemnización. Esto se arregló un poco, también con la Ley de Costas, cuando el legislador, la Administración y el Tribunal reconocieron que en determinados casos, si se imponían cargas excesivas de manera singular, tales propietarios de derechos sobre el agua podrían emplear sus respectivas acciones civiles para lograr esa indemnización. El Tribunal entonces estableció que en base al principio de proporcionalidad determinadas y concretas situaciones podía n corregirse si el contenido esencial del derecho de propiedad pudiera verse afectado.

La jurisprudencia ordinaria no ha sido muy receptiva a las alegaciones de los propietarios. Ejemplo de ello es la sentencia de la Audiencia Nacional que reconoce la legitimidad de la revocación de la concesión a un Club Náutico que hasta entonces disponía de una playa privada, pistas de tenis y salones frente al mar. La denegación de la concesión y la prórroga lleva a que el Club tenga que demoler sus edificios. Todo ello se hace y no se otorga indemnización alguna a los propietarios. La

playa es dominio público y por lo tanto, entiende la Audiencia Nacional, cuando la concesión se extinga ésta debe quedar como estaba en un principio y conforme a su naturaleza y al medio ambiente: limpia de toda incisión (sentencia de 3 junio de 1990, de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso administrativo)).

El derecho de propiedad ante bienes de dominio público consiste en la posibilidad de que tales derechos de propiedad puedan pasar a ser concesiones como mucho, limitadas en el tiempo y en el espacio. La naturaleza de los bienes de dominio público es tan especial que su apropiación por parte de los particulares debe entenderse como “antinatural” y por lo tanto cualquier limitación a ésta propiedad es conforme a la Constitución, es una delimitación del derecho de propiedad que no conlleva indemnización, siempre y cuando la clasificación que se realice para tal delimitación sea constitucional y no vaya dirigida a perjudicar un grupo determinado. Es decir, siempre y cuando las limitaciones sobre la propiedad respondan a un interés general y cualquier diferencia entre los propietarios se base en razones no arbitrarias y no subjetivas.

El contenido esencial de este tipo de propiedad consiste pues en una garantía: la garantía de que las limitaciones, no indemnizables por generales, sobre tales propiedades se realizará a través de una norma o Ley conforme a la Constitución, con unos objetivos que responderán adecuadamente a ese interés general. Ahora no nos detenemos aquí en ello ya que los casos que se describen a continuación son tan peculiares y extensos que estas cuestiones ya se expondrán, y en conexión con la descripción jurisprudencial, en el apartado cuarto, de este capítulo.

Los casos sobre el derecho de propiedad en relación a los bienes de dominio público han sido sobre todo en relación a la Ley de Aguas y a la Ley de Costas. Por ello no es sorprendente que los intereses generales, y la función social del derecho de propiedad en estos supuestos sea el medio ambiente en primer lugar y el desarrollo económico general con el fin de garantizarlo a largo plazo y de manera equitativa, en segundo término.

(lxxxi) La Ley, cuando declara que todo el agua continental debe pasar a ser calificada como dominio p3blico estatal, a fin de garantizar un planeamiento del agua de acuerdo con sus objetivos constitucionales –garantizar su reparto, su potabilidad, evitar la escasez,..–, est1 haciendo una regulaci3n de los derechos de propiedad que puedan verse afectados conforme con la Constituci3n.

Los intereses que han de protegerse , descritos en el p1rrafo anterior, son tan relevantes que de ello tanto el legislador como el Tribunal Constitucional deducen que es imprescindible reconocer el agua con una sola calificaci3n jur3dica: “como bien de dominio p3blico estatal, a fin de garantizar en todo caso su tratamiento unitario” (Ley de Aguas). En congruencia con esta filosof3a de la Ley que, por lo que ahora interesa, se extrae de su Pre1mbulo, los art3culos. 1.2 y 2 declaran de dominio p3blico las aguas continentales, tanto las superficiales como las subter1neas renovables, los cauces de corrientes naturales, los lechos de los lagos, lagunas y los de los embalses superficiales en cauces p3blicos, as3 como los ac3feros subter1neos, a los efectos de los actos de disposici3n o de afecci3n de los recursos hidr1ulicos (STC 227/1988, FJ 6).

La declaraci3n general de demanialidad es una delimitaci3n de los derechos que puedan verse afectados conforme a la Constituci3n. Ahora bien, a juicio del Tribunal la Ley no ha desconocido los derechos de naturaleza privada preexistentes a la misma (STC 227/1988, FJ 6).

(lxxxii) *No estamos ante una expropiación si no ante una delimitación del derecho de propiedad que actúa ante los bienes de dominio público –o que lo van a ser como en este caso– cuando la Ley de Aguas establece que los propietarios de derechos dominicales afectados por la demanialización podrán escoger entre:*

(a) *o bien convertir éstos en otros que la Ley denomina «de aprovechamiento temporal de aguas privadas» que serán respetados por un plazo máximo de cincuenta años -a lo que se añade un derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa en favor de quienes, al término de dicho plazo, se encontraran utilizando los caudales, en virtud de título legítimo-*

(b) *o bien podrán mantener la titularidad de los derechos anteriores «en la misma forma que hasta ahora» , aunque en este último supuesto, sin embargo, no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas.*

(c) *Tampoco se trata de una expropiación cuando la Ley determina que, en cualquiera de las dos opciones, el incremento de los caudales totales utilizados o la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento requerirán la oportuna concesión que ampare «la totalidad de la explotación» , aparte de que, en todo caso, a los aprovechamientos de aguas a que se refieren una y otra les son de aplicación las limitaciones establecidas en la Ley al uso del dominio público hidráulico.*

(d) *La Ley señala expresamente que «el carácter opcional de la alternativa» exime a la Administración de cualquier obligación compensatoria.*

A juicio del Tribunal Constitucional la Ley delimita el derecho de propiedad – en las Disposiciones transitorias segunda y tercera-- que podían tener los propietarios sobre las aguas de manera grave, por lo menos para ellos. La Ley, así como el Tribunal Constitucional, entienden que las opciones que se ofrecen a los titulares de estos derechos dominicales sobre el agua, que ahora pasará a ser dominio público, son, en general, suficientes como para afirmar que a grandes rasgos la Ley no está imponiendo una expropiación – expropiación legislativa-- si no una delimitación del derecho de propiedad que no exige indemnización – en general, repetimos (STC 227/1988, FJ 6).

(lxxxiii) *El derecho de propiedad, en relación a las aguas y conforme a la Constitución, no puede reconducirse hoy al concepto de derecho de propiedad sobre éstas que recogía el Código Civil. La*

propiedad privada actual debe adecuarse a los intereses que defiende la Constitución y no a los que regula el Código Civil.

La sentencia reconoce que todas estas determinaciones legales afectan al régimen jurídico de las aguas que el Código Civil (art. 408) denomina aguas de dominio privado, en concreto a las aguas procedentes de manantiales o, como dice el Código, a las «continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos» (art. 408.1), y a las aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación o, según, la letra del Código Civil, a las «aguas subterráneas que se hallen» en predios de naturaleza privada (art. 408.3) (STC 227/1988, FJ 6).

Ahora bien, si hiciéramos caso tan sólo a lo que ha sido el derecho de propiedad tradicional sobre el agua o los derechos relacionados con el agua, el Tribunal apunta que la Legislación anterior ya era de por sí restrictiva (STC 227/1988, FJ 6). Es decir, el uso tradicional que tenía el agua --y los derechos dominicales sobre ella-- ya eran limitados. Si a éste le añadimos los intereses que desde el punto de vista constitucional deben protegerse todas estas regulaciones sobre los derechos dominicales descritos son constitucionales. De ello extraemos que el concepto tradicional de derecho de propiedad en este caso es un complemento del concepto constitucional de propiedad, pero en ningún caso prevalece sobre el último.

(lxxxiv) El derecho de propiedad sobre el agua ha sido tradicionalmente un derecho limitado y en el que en muchos casos una parte de ésta ya pasaba a ser pública. Ello implica que no son tantas las potestades que los propietarios ven delimitadas con la nueva Ley y que en ningún caso estamos ante una expropiación forzosa.

La legislación anterior sobre aguas -- Ley de Aguas de 1879-- no establecía sobre ellas un derecho de propiedad reconducible al régimen general definido en el art. 348 del Código Civil --al que los Senadores recurrentes hacen referencia en sus alegaciones--, y en los preceptos concordantes (STC 227/1988, FJ 6). En la legislación anterior ya se manifestaba que determinadas aguas terrestres eran una «propiedad especial» (Título IV del Libro Segundo del Código Civil), sometida a límites estrictos en lo que atañe a las facultades del propietario. Entonces se establecía que el derecho del propietario de un predio sobre las aguas que nacen en éste -derecho accesorio, pues, a la propiedad fundiaria- se extiende a su «uso y aprovechamiento» mientras las aguas discurran por él (art. 412 del Código Civil y art. 5 de la Ley de Aguas de 1879), y alcanza sólo a las aguas efectivamente utilizadas, pues las no

aprovechadas y sobrantes «entran en la condición de públicas» , «sin que puedan ser en manera alguna desviadas del curso por donde primitivamente se alejaban» (art. 9 de la Ley de Aguas de 1879).

Además se disponía que en el caso de que las aguas o parte de ellas “no hayan venido aprovechándose por el dueño o dejen de aprovecharse por espacio de un año y un día consecutivos, este derecho de aprovechamiento privativo, anejo a la propiedad privada del predio, cede en favor de los derechos de aprovechamiento eventual sobre las mismas aguas, ya públicas al salir del predio en que nacen, que hayan consolidado los propietarios de los predios inferiores por el uso continuado de aquéllas durante un año y un día” (artículos 10, 11 y 14 de la Ley de Aguas de 1879) “o durante veinte años en el caso de aguas que pertenecen «a los pueblos» ” (art. 13 de dicha Ley).

En consecuencia, el Tribunal Constitucional destaca que según la legislación general derogada por la Ley de Aguas ahora impugnada, el «dominio privado» sobre determinadas aguas superficiales se limitaba a una facultad de apropiación o de aprovechamiento privativo preferente, accesoria a la propiedad del predio en que nacen, de las aguas efectivamente utilizadas mientras discurren por sus cauces naturales en ese mismo predio, si bien este derecho o facultad cede ante los derechos consolidados por el tiempo de otros particulares sobre las aguas que el dueño de aquel predio no haya aprovechado o cuyo aprovechamiento interrumpa. Es decir, el Tribunal Constitucional subraya que no son tantos los derechos dominicales que se están perdiendo, a juicio de los recurrentes, ya que tampoco eran tantos los que se poseían.

Por lo que se refiere a las aguas subterráneas, la Ley de 1879 atribuía al dueño de un predio «en plena propiedad» las que en él hubiere obtenido por medio de pozos ordinarios (artículos 18 y 21), y al que las hallare e hiciere surgir a la superficie del terreno por medio de pozos artesanos, socavones o galerías le reconoce el carácter de dueño de las mismas «a perpetuidad» (art. 22). Pero una cosa es la propiedad de las aguas ya alumbradas (art. 418 del Código Civil) y otra el derecho o facultad de alumbrar aguas subterráneas. Este último, igualmente accesorio a la propiedad del predio en cuyo subsuelo se hallen las aguas, es también un derecho estrictamente limitado y condicionado a que no se distraigan o aparten «aguas públicas o privadas de su corriente natural» (art. 23 de la Ley de Aguas de 1879), a cuyo efecto la Ley fijaba una serie de garantías y condiciones -régimen de distancias,

autorizaciones, suspensiones-, que ha sido completado en sentido limitativo por una prolija legislación posterior¹⁵⁴.

(lxxxv) La Constitución no garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes.

La Constitución no garantiza que la propiedad haya de extenderse a todo tipo de bienes. El artículo 132.2 de la CS 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). Esta viene apoyada por lo que establece el artículo 128.1 --“toda la riqueza del país en sus distintas formas está subordinada al interés general”-- y el 45. 2 que impone a los poderes públicos velar “por la utilización racional de todos los recursos naturales..” (STC 227/1988, FJ 7).

(lxxxvi) Cuando la Ley respetando los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos -- limitándolos a los caudales totales utilizados-- de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión no es una expropiación por tratarse --la intención de aumentar el caudal de la explotación-- de meras expectativas.

El Tribunal Constitucional determina que el hecho de que la Ley respete los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos o, como aducen los recurrentes, «congelándolos» en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión no es una

¹⁵⁴ Por otra parte, la Ley de Aguas de 1879, modificada y completada en este aspecto por una serie de normas posteriores relativas a aprovechamientos hidráulicos para fines específicos, reconocía derechos de utilización privativa sobre aguas de dominio público sometidos a diferentes requisitos y límites, que en cuanto a los de orden temporal eran en algunos casos derechos a perpetuidad (por ejemplo, artículos 188, 220 y 225), si bien el art. 126 de la Ley del Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, prohibió el otorgamiento de concesiones sobre cualesquiera bienes de dominio público por plazo superior a noventa y nueve años. Sobre estos derechos de aprovechamiento de aguas públicas incide la Disposición transitoria primera de la Ley 29/1985, que se impugna por infracción del art. 33.3 de la Constitución (STC 227/1988, FJ 6).

expropiación. Más si se tiene en cuenta que la congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad sólo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores que eventualmente podían obtenerse en razón, por un lado, de la titularidad del derecho de propiedad inmobiliaria, pero también, y en necesaria concurrencia con ello, del carácter de res nullius que las aguas no afloradas o alumbradas tenían según la legislación anterior y de la inexistencia o preferencia de derechos de terceros (STC 227/1988, FJ 12).

En definitiva, lo que se excluye en adelante es la posibilidad de apropiación patrimonial de incrementos eventuales de los caudales utilizados sin que medie un título concesional. Ahora bien, desde el momento en que todas las aguas superficiales y subterráneas renovables se transforman ex lege en aguas de dominio público, es lícito, informa la sentencia, que, aun partiendo del estricto respeto a los derechos ya existentes, los incrementos sobre los caudales apropiados sólo puedan obtenerse mediante concesión administrativa (STC 227/1988, FJ 12). No estamos pues ante una expropiación forzosa por el hecho de que la concesión que haya de obtenerse en caso de incremento de los caudales totales utilizados o de modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento se extienda obligatoriamente a la totalidad de la explotación, incluyendo así los caudales aprovechados en virtud de la titularidad privada del predio donde las aguas nacen o se alumbran. En este supuesto, la decisión de incrementar el aprovechamiento o de modificar las condiciones corresponde libremente al interesado, lo que por sí sola excluye su carácter expropiatorio. En realidad se trata aquí de una nueva transformación voluntaria del derecho originario que podrá recabar la propietaria (STC 227/1988, FJ 12).

El Tribunal Constitucional para acabar anota que el legislador no está obligado a preservar los derechos privados preexistentes sólo en los estrictos términos en que venían disfrutándose. Los derechos pueden delimitarse y ello no supondrá una transferencia coactiva de facultades integradas en el patrimonio del propietario o del titular de la explotación (STC 227/1988, FJ 12).

En definitiva el Tribunal Constitucional concluye que los artículos de la Ley de Aguas que hemos analizado no son inconstitucionales – mientras que algunos que afectan a la distribución de competencias, que no se han examinado aquí, sí lo son (STC 227/1988).

(lxxxvii) 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).

A juicio del Tribunal Constitucional 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 registran antes de la aprobación de la Ley¹⁵⁵ (STC 17/1990, FJ 3).

¹⁵⁵ 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 inconvenientes: 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.

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 limitaciones¹⁵⁶ (STC 17/1990, FJ 14).

(lxxxviii) La declaración del transporte del agua como servicio público es una delimitación del derecho de propiedad constitucional que no 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

¹⁵⁶ 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 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).

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).

¿ Con esta norma se vulnera el principio de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional? No, este principio “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).

(lxxxix) La Ley 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”. Es decir, ante situaciones graves pueden tomarse medidas también serias a costa de los propietarios.

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 CE¹⁵⁷ “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

¹⁵⁷ 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).

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.

(xc) El legislador cuando establezca el régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, ha de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, de éstos y además ha de adoptar todas las medidas que crea necesarias para preservar sus características propias. Por ello la regulación del derecho de propiedad sobre estos bienes de dominio público deberá tener en cuenta estos objetivos que deben conseguir los poderes públicos, es decir, asegurar la preservación de las costas, aunque sea a costa de delimitar dichos derechos de propiedad. Sin embargo, la declaración de dominio público sólo se podrá establecer cuando no haya otra manera de lograr los fines establecidos en la Constitución como ocurre en el presente caso.

Respecto al régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, el legislador no sólo ha de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, sino que además ha de adoptar todas las medidas que crea necesarias para preservar sus características propias. Esta inclusión en la legislación reguladora del régimen jurídico de los bienes del dominio público natural, cuya titularidad corresponde al Estado, de las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad de esa titularidad se impone como necesidad lógica en todo caso. El Tribunal Constitucional expone que se trata de la misma lógica que se impuso para analizar la regulación sobre aguas que se realizó en la sentencia del Tribunal Constitucional STC 227/1988 (FJ 18) (STC 149/1991, FJ 1).

En el caso del dominio público marítimo-terrestre estamos además, precisa el Tribunal ante una “expresa necesidad jurídico-positiva, constitucional”. La decisión apunta que el mandato del constituyente quedaría burlado si el legislador obrase de modo tal que, aun reteniendo físicamente en el dominio público del Estado la zona marítimo-terrestre, tolerase que su naturaleza y sus

características fueran destruidas o alteradas (STC 149/1991, FJ 1). Por lo tanto todas las regulaciones que se hagan respecto el derecho de propiedad sobre estos bienes de dominio público deberán tener en cuenta estos objetivos que deben conseguir los poderes públicos, es decir, asegurar la preservación de las costas.

Por otro lado debe observarse que la declaración de dominio público sólo se podrá establecer cuando no haya otra manera de lograr los fines establecidos en la Constitución como ocurre en el presente caso. En cuanto que la Ley incluye en el demanio bienes que no están directamente aludidos por la Constitución, ha de considerarse dictado, observa el Tribunal Constitucional, en virtud de la facultad que la misma Constitución concede al legislador para determinar los bienes que integran el dominio público. Aunque esa facultad no aparece acompañada, en el artículo (132.2) que la otorga, de limitación expresa alguna, es evidente que de los principios y derechos que la Constitución consagra cabe deducir que se trata de una facultad limitada, que no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes, afectando así a los propietarios sin justificación, si no que sólo podrá afectarse los bienes cuando sea para servir de este modo a finalidades lícitas que no podría ser atendidas eficazmente con otras medidas. En el presente caso la finalidad perseguida es, claro está, la de «la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre y especialmente de la ribera del mar», que es la explícitamente proclamada en el art. 1 de la Ley impugnada. Teniendo en cuenta que la Ley atiende a esta finalidad, el Tribunal no cree que se produzca exceso alguno al legislador en ninguna de las determinaciones que la Ley realiza (STC 149/1991, FJ 2).

(xci) Cuando la Ley dispone que el deslinde aprobado es título bastante para declarar la posesión y la titularidad dominical del Estado y teniendo en cuenta que ello puede ampliar el dominio marítimo terrestre, esta eficacia directa e incontestable del acto de aprobación del deslinde no conlleva una expropiación sin indemnización, que viole lo dispuesto en el art. 33.3 CE ya que los propietarios pueden ejercer las acciones de corrección correspondientes.

Los recurrente opinan que al establecer el artículo 13 de la Ley de costas la consideración de que, al disponerse en el que el deslinde aprobado es título bastante para declarar la posesión y la titularidad dominical del Estado y para rectificar, en consecuencia, las inscripciones registrales contradictorias, se dota al acto administrativo de la eficacia propia de las Sentencias judiciales, con violación, entre otros, del art. 106 CE. A esta consideración los recurrentes añaden la de que, en la medida en que la nueva

definición amplía el dominio marítimo terrestre, esta eficacia directa e incontestable del acto de aprobación del deslinde conlleva también una expropiación sin indemnización, que viola lo dispuesto en el art. 33.3 CE. El Tribunal Constitucional manifiesta que ninguna de las dos críticas puede ser aceptada (STC 149/1991, FJ 2).

A su juicio ambas consideraciones parten de una interpretación errónea del contenido de los preceptos impugnados. La última de las mencionadas evoca un supuesto que, allí en donde se dé, determinará la aplicación de lo dispuesto en las Disposiciones transitorias. Tampoco puede aceptarse que el acto aprobatorio del deslinde como un acto dotado de la firmeza propia de las Sentencias judiciales e invulnerable al control jurisdiccional. Prueba de ello es, anota el Tribunal, que el inciso final del apartado 2.º del artículo, en donde se reconoce, de modo quizás innecesario, escribe éste, el derecho de los afectados por el deslinde a ejercer las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, acciones que podrán ser objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad y que, sin duda, podrán seguirse tanto en la vía contencioso-administrativa, como en la civil, aunque sólo a estas últimas se refiere el art. 14 (no impugnado) de la misma Ley. Esta interpretación que es la que deriva naturalmente de la letra del precepto es, por lo demás, la acogida en el art. 29 del Reglamento, que es el que lo desarrolla (STC 149/1991, FJ 2).

(xcii) Sustraer del comercio privado los terrenos que forman parte de la ribera del mar no es una regulación del derecho de propiedad y en consecuencia no puede decirse que las normas que disponen tal sustracción restrinjan o limiten, más allá de lo necesario, ese derecho.

A raíz de todo lo expuesto en el apartado anterior el Tribunal Constitucional manifiesta que sustraer del comercio privado los terrenos que forman parte de la ribera del mar no es una regulación del derecho de propiedad y en consecuencia no puede decirse que las normas que disponen tal sustracción restrinjan o limiten, más allá de lo necesario, ese derecho (STC 149/1991, FJ 8 A). Es decir, en este caso no hace falta que los objetivos sólo y únicamente se puedan conseguir de este modo, limitando los derechos patrimoniales. Aunque existieran alternativas menos lesivas para los derechos de los particulares ello no lleva a que la norma sea inconstitucional. La decisión por un lado afirma que la “eliminación” de éstos derechos de propiedad se produjo porque fue la propia Constitución la que los incorporó al demanio público, y por otra, apunta que ello no significa que en determinados casos no pueda dar lugar a una indemnización, cuando estemos ante una expropiación (STC 149/1991, FJ 8 A).

(xciii) En determinados casos cabrá la indemnización pero ello deberá analizarse caso por caso y si se da totalmente la “eliminación” de los derechos de propiedad que la Constitución incorporó al demanio público.

Si se produce la “eliminación” – literalmente dice el Tribunal Constitucional-- de los derechos de propiedad existentes sobre terrenos que la Constitución incorporó al demanio ello puede ser considerado como privación de tales bienes y tiene que dar lugar, por consiguiente, a una indemnización, de acuerdo con la garantía expropiatoria, que la propia Constitución reconoce (STC 149/1991, FJ 8 A). Cuándo o cuando no existe expropiación es una cuestión que no puede definirse en abstracto, afirma el Tribunal Constitucional, si no que debe dilucidarse en concreto, caso por caso: “Como es evidente, esta última cuestión, que constituye el núcleo de la argumentación dirigida contra las Disposiciones transitorias, no puede ser analizada en abstracto, sin tener en cuenta cuáles son los derechos de los que se privó a sus titulares, cuál es la forma de esta privación y cuál es, en su caso, la indemnización que la Ley les otorga” (STC 149/1991, FJ 8 A). En este supuesto además la causa de la expropiación ya venía recogida en la propia Constitución (STC 149/1991, FJ 8 A).

En cuanto a las Disposiciones transitorias el Tribunal Constitucional añade que esta eliminación de las titularidades privadas sobre terrenos incluidos en el dominio público sobre la ribera del mar no puede ser considerada, desde el punto de vista constitucional, como una decisión arbitraria o carente de justificación, pues es, cuando menos, la forma más simple y directa de poner en práctica una decisión ya adoptada por la Constitución misma, de manera que si de expropiación ha de hablarse es aquella que establece la causa expropiandi (STC 149/1991, FJ 8 A).

Las limitaciones que se impongan al uso y aprovechamiento de los bienes situados en enclaves de propiedad privada en el dominio público, que cambian con la nueva regulación legal, no son consideradas, aunque fueran más intensas que las anteriores, como privación del derecho de propiedad, si no como delimitación de éste que no incluye indemnización.

En cuanto a la existencia de enclaves de propiedad privada en el dominio público, el Tribunal Constitucional afirma que, aun si esos enclaves de propiedad privada se mantuviesen en los términos actuales, las limitaciones que al uso y aprovechamiento de tales bienes pudiera resultar de la nueva regulación legal, no podrían ser consideradas, aunque fueran más intensas que las anteriores, como privación del derecho de propiedad (STC 149/1991, FJ 8 A).

(xciv) En relación a los enclaves de propiedad privada en el dominio público no es privación de un derecho preexistente la limitación que a su ejercicio impone la utilización libre, pública y gratuita para los usos comunes del mar y su ribera.

Y ya más en concreto la sentencia dispone, que no es privación de un derecho preexistente la limitación que al ejercicio del derecho de propiedad privada en enclaves de dominio público impone la utilización libre, pública y gratuita para los usos comunes del mar y su ribera “pues aun en la hipótesis de que la inclusión de una determinada parte del territorio nacional en el espacio demanial no fuese incompatible con el mantenimiento de parcelas de propiedad privada en ese mismo territorio, no puede tampoco la existencia de esos derechos dominicales impedir al legislador regular el uso del dominio público natural en los términos que considere adecuados a su naturaleza” (STC 149/1991, FJ 8 A).

(xcv) Respecto a los enclaves de propiedad privada en el dominio público marítimo-terrestre, no estamos ante derechos patrimoniales comunes y completos porque la misma naturaleza de tales bienes impide su apropiación privada hoy y antes de la Constitución.

El Tribunal Constitucional afirma que esas titularidades dominicales lo son de unos singulares bienes que, por sus propias características físicas y por imperativo constitucional, necesariamente forman parte del dominio público marítimo-terrestre (STC 149/1991, FJ 8 B). Los derechos de ese tipo que se disfruten por parte de un particular pues, no son realmente derechos “completos”, ni en el caso que se disfrutaran en virtud de títulos anteriores a la Constitución porque éstos son bienes que no pueden, por su naturaleza poseerse del todo. Por ello la ley de Costas cuando limita esos derechos de nuevo no está sonsacando a los particulares derechos que ya poseyeran ya que su naturaleza lo impedía (STC 149/1991, FJ 8 B). Simplificando, el planteamiento es: los titulares expresan que ellos son propietarios del mar, de la costa, de una playa, y el Tribunal Constitucional y la Ley dicen: “imposible, porque estos bienes, como la galaxia, por su naturaleza, no se pueden poseer”. Ustedes, propietarios, puede que tuvieran un aprovechamiento del mar, de la ribera, de la playa, unos derechos, que ahora podrán ser más limitados – como los que tiene el que descubre una estrella que tendrá la posesión del nombre que le haya dado a la estrella, pero ¿de la estrella en sí? No. Y en base a ello, en general, no se otorga indemnización al propietario porque se declaren todas las zonas marítimo-

terrestre dominio público. Cosa distinta será analizar caso por caso si en algún supuesto sí había un derecho de aprovechamiento consolidado (STC 149/1991, FJ 8 B).

6. EL TEST FIJADO EN PENN CENTRAL STATION. EL BALANCING TEST (BALANCING SOCIAL GAINS AGAINST PRIVATE LOSSES).

(xcvi) "El test fijado en Penn Central Station —el balancing test— es el principal test aplicado en Estados Unidos cuando ninguno de los per se tests, ya expuestos, no puede aplicarse.

Cuando ninguna de las tres categorías de los "per se" takings — permanent physical occupation, denial of economical viable use, destroyal of a core property right— entra en juego, las cuestiones ad hoc, --open-ended inquiry— que se configuran en Penn Central determinan cuándo estamos ante un regulatory taking (Penn Central Transpotation Co v. City of New York 438 US 104 (1978)). Este test exige una investigación (i) de la naturaleza de la acción del government ejecutada; (ii) la disminución del valor que resulte de la regulación; y (iii) la extensión de la interferencia que acarrea la regulación respecto las expectativas resultado de las inversiones que haya realizado el propietario (*investment-backed expectations of the property holder*).

La naturaleza de la acción ejecutada está relacionada con la primera y tercera categoría de los "per se" takings — los permanent physical occupation y el destroyal of a core property right—, y la cuestión es si la acción está más cerca de una invasión física o de una negación del contenido esencial de los derechos patrimoniales que a un régimen general regulador que afecta a una amplia propiedad y protege el interés público del daño ajustando "los beneficios y cargas de la vida económica" ("the benefits and burdens of economic life"). La disminución del valor resultado de la regulación está relacionada con la segunda categoría de los "per se" takings — la de la negación de un uso económico viable— y puede indicar la probabilidad de que una regulación sea considerada un taking. Por otro lado, una regulación es probable que sea vista como un taking si interfiere con unas expectativas razonables resultado de unas inversiones, y menos probable que sea un taking si interfiere con meras probabilidades futuras o

expectativas que no tienen porque ser el resultado de unas inversiones (Singer, 1993: 1228-1230¹⁵⁸ y Van der Walt, 1999: 437¹⁵⁹).

(xcvii) *El análisis caso por caso (the ad hoc approach)*.

En *Keystone Bituminous Coal Assn. v. DeBenedictis*, US (1987) la Corte Suprema enfatiza que las decisiones sobre qué se considera taking sólo pueden realizarse después de que se hayan examinado los hechos concretos (“the particular facts”). En *United States v. Riverside Bayview Homes, Inc.*, US (1985) la misma Corte declara que ella nunca ha determinado de manera expresa que esas circunstancias sean regulaciones urbanísticas que puedan considerarse takings (“we have never precisely determined those circumstances where land-use regulations amount to takings”) sino que deberá verse caso por caso (*United States v. Riverside Bayview Homes, Inc.*, US (1985) 104).

A partir de la sentencia *Penn Central Transportation Co. v. New York*, US (1978) se considera que existe un test que puede aplicarse a muchos otros casos. En la decisión la Corte Suprema precisa que el análisis de la expropiación, de los takings, envuelve “essentially ad hoc factual inquiries” (*Penn Central Transportation Co. v. New York*, US (1978) 104). Y ya en *Goldblatt v. Hempstead*, US (1962) la Corte Suprema reconoce que no existe una fórmula preestablecida que permita determinar cuándo una regulación finaliza y cuando empieza una expropiación (“no set formula to determine where regulation ends and taking begins” (*Goldblatt v. Hempstead*, US (1962) 594). Lo mismo dijo la Corte en *United States v. Central Eureka Mining Co.*, US (1958) 168: “question properly turning upon the particular circumstances of each case”. Tribe opina que la naturaleza avasalladora de los hechos específicos de los takings (“The overwhelming fact-specific nature of takings”), numerosísimos, que se han cuestionado ante la Corte ha llevado a ésta, en varios casos de los ochenta, a quitarse el problema de encima declarando que los juicios sobre recursos por expropiación – o posibilidad de que exista—no se

¹⁵⁸ J. W. Singer, *Property Law, Rules and Practices* (Boston, USA: Little, Brown & Co., 1993).

¹⁵⁹ A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

analizará hasta que la acción en cuestión se haya desarrollado del todo (1988).

Este enfoque se parece a lo que ocurre en España con el análisis por parte del Tribunal Constitucional de la Ley de Costas y la Ley de Aguas cuando éste dispone que éstas leyes no suponen una expropiación legislativa y que en todo caso, si existe un daño concreto y excesivo que afecta a una persona en concreto (basándose en las teorías subjetivas) entonces, si con la aplicación de la Ley, con su desarrollo, realmente se dan tales discriminaciones, entonces estaremos ante una situación que merece indemnización, no antes.

Pues bien, en Estados Unidos, la Corte Suprema declara que no puede decidir si estamos o no ante un *taking* cuando la norma no ha sido desarrollada del todo (“*A court cannot determine whether a regulation has gone ‘too far’ unless it knows just how far the regulation goes*” (*MacDonald, Sommer & Frates v. Yolo County*, US (1986) 2561). No puede tomarse una decisión definitiva hasta que no se vea exactamente como las regulaciones le son aplicadas al demandante en concreto: “[*t*]he difficult problem [*is*] how to define ‘too far’, that is, how to distinguish the point at which regulations becomes so onerous that it has the same effect as an appropriation of the property through eminent domain of physical possession ... [*t*he effect of the application of the zoning ordinance at issue] cannot be measured until the final decision is made as to how the regulations will be applied to respondent’s property” (*Williamson County Regional Planning Comm’n v. Hamilton Bank of Johnson City*, US (1985) 199). Y finalmente, a pesar de que la Corte Suprema sostuvo en *First Evangelical Lutheran Church v. Los Angeles*, US (1987), que un *taking* temporal requiere indemnización – y para ese *taking* temporal sí se ofreció indemnización--, en este caso no determinó si la regulación en cuestión iba lo suficientemente lejos como para considerarse expropiación.

(xcviii) *El Balancing Test (Penn Central Station Test)*.

En 1978, la Corte Suprema reafirma la práctica del análisis ad hoc respecto los *regulatory takings*

en el caso: *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, US (1978)¹⁶⁰. El test *ad hoc* que se establece en *Penn Central* es, a juicio de la mayoría de autores (Michelman, 1987: 1338¹⁶¹; Singer, 1993, 1223-1224¹⁶²; Epstein, 1985: 189¹⁶³; Paul, 1991: 1430¹⁶⁴; Fisher, 1991: 343¹⁶⁵; Sax, 1964: 36¹⁶⁶; Fischel, 1995: 49¹⁶⁷; Rubinfeld, 1993: 1089¹⁶⁸; Underkuffler, 1990: 143¹⁶⁹; Freyfogle, 1995: 86¹⁷⁰; Rose, 1984: 567¹⁷¹; Alexander, 1996: 589¹⁷²; Van der Walt, 1999: 437¹⁷³; y Underkuffler-Freund, 1996: 172¹⁷⁴), el principal test utilizado para identificar un *regulatory taking*, y el test que debe aplicarse cuando no se utiliza ninguna de las normas “*per se*”.

En *Penn*, estaríamos ante otro tipo de caso si lo que hubiera hecho la norma local hubiese sido permitir a otra compañía, y no a Grand Central, construir el bloque de pisos; entonces estaríamos ante

¹⁶⁰ Como es sabido la Corte en este supuesto permitió a la ciudad de Nueva York que prohibiera la construcción de un edificio de 53 pisos justo encima de la Grand Central Station, un edificio histórico, en la isla de Manhattan de la ciudad de Nueva York. Esta prohibición la ciudad la basa en el hecho de que ésta forma parte de un amplio plan que tiene por fin preservar los valores históricos y estéticos de ésta y no hay dudas de que Grand Central Station tiene desde luego esa virtud.

¹⁶¹ F. I. Michelman, “Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property” *Iowa. L. Rev.* 72 (1987) 1319-1350.

¹⁶² J. W. Singer, *Property Law, Rules and Practices* (Boston, USA: Little, Brown & Co., 1993).

¹⁶³ R. A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985).

¹⁶⁴ J. Paul, “The Hidden Structure of Takings Law”, *S. Cal. L. Rev.* 64 (1991) 1393-1548.

¹⁶⁵ W.W. Fisher, “The Development of Modern American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights”, en M.J. Lacey y K. Haakonssen (eds.), *A Culture of Rights: The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law -1791 and 1991*, (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1991), 266-365.

¹⁶⁶ J. L. Sax, “Takings and the Police Power”, *Yale L.J.* 74 (1964) 36-ss.

¹⁶⁷ W. A. Fischel, *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1995).

¹⁶⁸ J. Rubinfeld, “Usings”, *Yale L.J.* 102 (1993)1077-1163.

¹⁶⁹ L.S. Underkuffler, “On Property: An Essay”, *Yale L. J.* 100 (1990) 127-148.

¹⁷⁰ E.T. Freyfogle, “The Owning and Taking of Sensitive Lands”, *UCLA L. Rev.* 43 (1995) 77-138.

¹⁷¹ C. M. Rose, “Mahon Reconstructed: Why the Takings Issue Is Still a Muddle”, *S. Cal. L. Rev.* 57 (1984) 561-599.

¹⁷² G.S. Alexander, “Ten Years of Takings”, *Journal of Legal Education* 46 (1996) 586-595.

¹⁷³ A. J. Van der Walt, *Constitucional Property Clauses: A Comparative Análisis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

¹⁷⁴ L.S. Underkuffler-Freund, “Takings and the Nature of Property”, *Can. J. L. & J.* 9 (1996) 161-205.

un supuesto de *physical invasion* que es lo que ocurre cuando una norma permite que se invada la propiedad de otro para extender cables o expresar su opinión, como ocurre con los jóvenes que quieren tener un tenderete en un centro comercial para distribuir panfletos. Pero en *Penn Central* no ocurre esto; ni tampoco sucede lo siguiente: Gran Central Station no es la única que queda limitada si no que dentro del catálogo de la ciudad entran muchos otros edificios también históricos y claves.

La Corte Suprema en *Penn Central* entiende que las *government's regulatory action*, las acciones reguladoras del poder público, resultarán en un beneficio económico a largo término para la ciudad en su conjunto, y beneficiará también aquellos “*expropriated*”, ya que el paisaje urbano de Nueva York, atrae gente a la ciudad y crea divisas y negocios para muchos, y entre otros para Penn Central Transportation Co. (*Penn Central Transportation Co. v. New York City*, US (1978) 438).

Penn Central no es la única afectada por la Ley. *The New York Landmarks Law* se aplica a todos los edificios de 31 distritos históricos y a más de 400 construcciones. Penn tampoco es una víctima frecuente de este tipo de acción, añade la Corte Suprema, y ni siquiera sufre especialmente en este caso en concreto. La Corte Suprema manifiesta que la disminución del valor de la propiedad, de Grand Central, se ha limitado teniendo en cuenta los siguientes hechos: Primero, la Ley no ha intervenido de ningún modo en el uso primario del terreno de la Penn Central que es ser una terminal ferroviaria, incluido espacio para oficinas y concesiones¹⁷⁵. Segundo, no todo el desarrollo del espacio aéreo encima de la Grand Central se ha prohibido categóricamente; y tercero, la ciudad de Nueva York ha dado a la compañía valiosísimos “*transferable development rights*” que pueden ser utilizados en sus otras parcelas de los terrenos adjuntos.

Cualquiera que sean los perjuicios que Penn Central pueda decir que ha sufrido después de que se hayan tenido en cuenta estas circunstancias, la Corte Suprema, no tiene intención de considerarlos compensables. Esto es especialmente grave para Penn Central si se recuerda, aunque casi no hace falta, que si en cualquier ciudad el valor del terreno y el derecho a edificar son fuente de gran riqueza, en

¹⁷⁵ Un año más tarde, en *Andrus v. Allard*, US (1979), en el caso de las plumas de águila imperial –en el que la prohibición de su venta no se considera expropiación– la Corte Suprema destaca que no estamos ante un *taking* porque la regulación permite a los propietarios otros usos remuneratorios de esa propiedad – por ejemplo exponiendo éstas y cobrando tickets para admirarlas.

Nueva York, y en la isla de Manhattan el valor es ya incalculable. Penn Central Transportation Co. alega que se les ha privado de manera arbitraria de su propiedad sin que se aplique el *due process of law* y sin indemnización.

Pero esto a la Corte Suprema no le preocupa demasiado. Tribe justifica este enfoque, a mi entender con buen criterio: “*Governmental regulation – by definition- involves the adjustment of private rights for public benefit*”. Coincidimos con esta opinión de que las normas del *government* deben ajustar los derechos privados con el beneficio público y cuando observa que si se tuviera que indemnizar cada vez que una ley recortara un posible beneficio económico, entonces sería lo mismo que obligar al *government* a regular a través de la compra (“*would effectively compel the government to regulate by purchase*”). Y como el mismo Tribe destaca “*it has long been recognized that such a regime would be unworkable*” (Tribe, 1988: 596-597). Esto no sería viable y asimismo lo han apuntado en estas dos decisiones tratadas aquí la Corte Suprema – en *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, US (1978) y en *Pennsylvania Coal Co. V. Mahon*, US (1922).

Recapitulando, la mayoría de la Corte Suprema¹⁷⁶ decide que: (i) los propietarios no pueden defender que existe un *taking* simplemente mostrando que se les ha negado el derecho a explotar el espacio aéreo de encima de su propiedad; (ii) las leyes sobre paisaje urbano que engloban un plan amplio para conservar estructuras de interés histórico o estético no son discriminatorias; (iii) el hecho que la ley afecte a algunos propietarios más intensamente que a otros no constituye un *taking*; y (iv) la ley en cuestión no interfiere con el uso presente de la propiedad o con la posibilidad de realizar una ratio razonable resultado de su inversión, especialmente cuando era posible transferir derechos pre-existentes “sobre el aire” (*pre-existing air rights*) a otras parcelas de tierra en el vecindario.

La mayoría asimismo entiende que las cortes no han sido capaces de desarrollar una fórmula

¹⁷⁶ Opinión mayoritaria escrita por el Juez Brennan (William J. Brennan Jr. que estuvo en la Corte Suprema de 1956 a 1990 es un juez de tendencia demócrata aunque fue nominado por el Presidente Republicano Eisenhower). Rehnquist, Burger y Stevens disienten (*dissenting*) de la opinión mayoritaria. Rehnquist fue nominado por el Presidente Nixon para la Corte Suprema en 1972 y Chief Justice desde 1986, por decisión del Presidente Reagan. Rehnquist educado en Stanford y Harvard es considerado un juez republicano y conservador. Hoy sigue en el cargo. Burger, es también republicano y fue nominado por Nixon en 1969. Dejó su cargo en 1986. John Paul Stevens, nacido en 1920 y nominado por el Presidente Ford en 1975 es republicano y sigue en el cargo. Este Juez, nacido en Chicago, recibió su educación en la University of Chicago y en la Northwestern University School of Law. También sirvió en la marina.

preestablecida para determinar cuando “*justice and fairness*”, la justicia, requiere que las cargas económicas causadas por la acción pública deben ser compensadas por el *government*, en vez de permanecer desproporcionadamente concentradas en unas cuantas personas (“*Courts have been unable to develop any “set formula”, for determining when “justice and fairness” require that economic injuries caused by public actino be compensated by the government, rather than remain disproportionately concentrated on a few persons*”) (124 [2,3]).

Resumiendo, el resultado de *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, US (1978) es que se acaba por establecer un test que después es adoptado en varias decisiones posteriores y aceptado por gran parte de la doctrina y que el profesor Tribe resume – este esquema es asimismo unánimamente seguido-- así: La Corte Suprema de Estados Unidos es difícil que considere que estamos ante un *taking*, ante una expropiación, cuando la regulación (i) responda a un interés público, (ii) no llegue a destruir ningún elemento reconocido del cupo de los derechos de propiedad, (iii) deje mucho del valor comercial de la propiedad sin tocar, y (iv) incluya como mínimo algunos beneficios recíprocos. Este es el resultado, de acuerdo con Tribe, de la decisión *Penn Central* que ha sido asumido por la mayoría de autores.

La tendencia de decisiones de la Corte anteriores era que una decisión tenía que depender enormemente en los hechos y circunstancias particulares de cada caso. Sin embargo, la Corte en *Penn Central* identifica factores que tienen un significado particular en este proceso esencialmente *ad hoc*. Dos de estos elementos son: el impacto económico de la regulación en el propietario y la extensión de la interferencia de la regulación respecto las expectativas esperadas de la inversión por parte del propietario, y el carácter de la acción del *government*, en especial la cuestión de si constituye una invasión física de la propiedad. Aparte de estas consideraciones, sin embargo, la mayoría apunta que la Corte ha reconocido a menudo, en distintos contextos, que el *government* puede promulgar leyes y programas que afecten intensamente o destuyan valores económicos reconocidos, especialemtne cuando un tribunal estatal concluyó que la salud, la seguridad, la moral o el bienestar general podían se promovidos prohibiendo determinados usos de la tierra (Van der Walt, 1999: 438).

La Corte Suprema escribe que a pesar de los principios que se configuraron en decisiones previas

(125-128 [5]-[6])¹⁷⁷, la Corte aquí evalúa el “daño” en el caso concreto, en *Penn Central*. En esencia, la petición implicaba que cualquier restricción substancial impuesta al uso de la propiedad a raíz de una ley paisajística debe ir acompañada de una indemnización para ser constitucionalmente válida. La Corte señala que la jurisprudencia de *takings* no divide una parcela de tierra en segmentos discretos y después determina si los derechos en un segmento particular han sido destruidos (130 [9])¹⁷⁸. La Corte evalúa la naturaleza y extensión de las interferencias respecto los derechos en los terrenos en su conjunto. La Corte asimismo rechaza el argumento de que es necesario clasificar las regulaciones paisajísticas de esta naturaleza como *takings* y pagar compensación por ellas para evitar que propietarios, individualmente, sean discriminados --la ley de preservación del paisaje urbano en cuestión establecía un plan amplio que afectaba toda el área, y, por lo tanto, excluía la posibilidad de que propietarios, de manera singular, puedan sentirse discriminados.

La Corte enfatiza que la regulación del paisaje no afectaba el uso actual de la propiedad, que el espacio aéreo encima de la estación de ningún modo pasaba a manos del estado o a ser usado por éste, y que el propietario no se le privaba de obtener un resultado razonable en proporción a su inversión en la propiedad. A ello añade, que esta decisión queda confirmada por el hecho de que la ley paisajística permite a los propietarios afectados transferir sus *pre-existing air-space rights*, sus derechos a construir encima de un edificio ya existente, a otros terrenos en el vecindario, por lo tanto, se considera que el valor del espacio aéreo no está del todo limitado¹⁷⁹.

¹⁷⁷ La Corte Suprema se refiere a *Village of Euclid v. Ambler Realty Co* 272 US 365 (1926); *Miller v. Schoene* 276 US 272 (1928); *Hadacheck v. Sebastian* 239 US 394 (1915); *Goldblatt v. Hempstead* 369 US 590 (1962); *Pennsylvania Coal Co v. Mahon* 260 US 393 (1922); y *United States v. Causby* 328 US 256 (1946).

¹⁷⁸ Ésta es la práctica a la que Margaret Jane Radin se refiere como “conceptual severance” (M. J. Radin, *Reinterpreting Property* (Chicago, USA: University of Chicago Press, 1993) 126-129; y M. J. Radin, “The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings”, *Colum. L. Rev.* 88 (1988) 1167-ss, 1674-1678).

¹⁷⁹ En la opinión disidente (*dissenting*) del Juez Rehnquist, a la que se adhieren el Juez Burger (*Chief Justice*) y el Juez Stevens, éste sigue un enfoque más tradicional, basado en el significado ascrito a las palabras exactas de la taking clause de la Quinta Enmienda: “*property*”, “*taken*” y “*just compensation*”. La opinión minoritaria enfatiza que el grupo de derechos conocidos como propiedad (el derecho a poseer, usar y disponer de la propiedad) estaba afectado substancialmente por la regulación; que el deber de mantener la propiedad estaba impuesto al propietario; y que los derechos substanciales de la propiedad estaban destruidos y por lo tanto expropiados, *taken*. Además, la minoría insiste en que el propietario proponía el uso de su propiedad no era nocivo, y que esta prohibición no podía estar justificada por la police power. A juicio de la minoría, el hecho que la prohibición afectaba sólo a un porcentaje pequeño de propietarios del área era suficiente, a pesar de la amplia aplicación de la ley a todos los edificios merecedores de protección, para que fuera clasificado como una discriminación insostenible (insupportably discriminatory) y por lo tanto análogo a un *taking* sin indemnización.

En conclusión, *Penn Central* constituye el primer caso en que se configura un test razonablemente estructurado que puede trasladarse a otros casos e incluso a otras jurisdicciones. A pesar de que el test de *Penn* no ha sido siempre seguido, y más recientemente, este test ha quedado latente en la mayoría de decisiones de la Corte Suprema, y ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina. Rechazan el test de *Penn*, sin embargo, aquellos autores que defienden un concepto de propiedad arraigado a la noción tradicional, cercana al *common law*, de propiedad. En el último apartado vamos a volver al caso *Penn Central* para describir y justificar lo que nosotros vemos como una tendencia de la jurisprudencia norteamericana hacia un juicio de proporcionalidad, hacia el *balancing test*, que además consideramos el más óptimo.

(xcix) El juicio del mere scrutiny en Estados Unidos y el principio de la no arbitrariedad en España (equivalente al mere scrutiny).

En cuanto a los criterios interpretativos empleados por los tribunales, a pesar de que ya se han ido apuntando – y a ello nos remitimos—aquí se insistirá en alguno de ellos. Para empezar se recuerda que el Tribunal Constitucional entiende que existe un mandato para los poderes públicos, y en concreto para el legislador (STC 37/1987, de 14 de abril, FJ 2) para proteger y garantizar los intereses que forman parte del contenido esencial del derecho de propiedad privada y de su función social (aunque el orden varíe en cada caso a grandes rasgos se recuerda que estos son – nos basamos en la jurisprudencia descrita hasta aquí- - los reconocidos en los artículos 128.1, 45, 130 y 40 de la Constitución).

En Estados Unidos, la Corte Suprema cuando está analizando la constitucionalidad de una norma que regula un derecho fundamental aplica un escrutinio estricto (*strict scrutiny*). La delimitación de ese derecho fundamental que realiza la norma cuestionada sólo pasará ese escrutinio si ésta se aprobó en respuesta a un mandato constitucional (no vale una simple habilitación) y si no hay una manera menos lesiva contra el derecho fundamental para conseguir y garantizar tal mandato constitucional. Será el poder público que haya promulgado la norma el que tendrá que demostrar que esa era la única vía a

posible (se entiende que responde a un mandato de los poderes públicos) para acatar el mandato y no había ninguna otra vía menos restrictiva para los derechos fundamentales. La carga de la prueba pues recae en el poder público correspondiente¹⁸⁰.

En Estados Unidos, sin embargo, el derecho de propiedad no es un derecho fundamental, consiguientemente, no se aplica el juicio del *strict scrutiny* en relación a la propiedad. La garantía de la propiedad está protegida constitucionalmente pero no estamos ante un derecho fundamental¹⁸¹, por lo tanto, a las normas que regulen la propiedad privada se les aplica un escrutinio no tan estricto (*mere scrutiny*). Ello significa que la carga de la prueba recae en la persona o poder público que impugne la norma reguladora de la propiedad. Esa persona o poder público tendrá que demostrar que la norma es inconstitucional por vulneración de las garantías contenidas en la Quinta Enmienda. Por lo tanto, bajo el test del *mere scrutiny*, a menos que la norma sea manifiestamente arbitraria y/o irracional (*on its face*) la norma cuestionada prevalecerá.

Si trasladamos este análisis a la jurisprudencia española vemos que los tribunales emplean en sus decisiones la técnica interpretativa del *mere scrutiny* en todos los casos --incluso en aquellos que se revoque la norma ya que entonces lo que hacen los tribunales para decidir es apuntar que se olvidaron elementos en el análisis como ocurre en el caso del agricultor canario en que el propietario y el perito demuestran que las terrazas en las islas responden a la tradición y al uso racional de la propiedad y la negación de la autorización para obras implicaría si no arbitrariedad¹⁸². Por otro lado, sin embargo, el Tribunal Constitucional señala que el derecho de propiedad es un derecho fundamental. Un derecho fundamental que cede para convertirse en su equivalente económico y que además en su contenido esencial se incluye la función social de la propiedad que responde a mandatos constitucionales. Respecto a esta complicación aquí se concluye que: A pesar de la consideración del derecho de propiedad como un derecho fundamental el empleo de la técnica *del mere scrutiny* en España es

¹⁸⁰ Vean: Tribe, L.H., *American Constitutional Law* (2000). Todos estos aspectos también son tratados y citados con precisión en el capítulo referente a la propiedad privada en Estados Unidos.

¹⁸¹ La garantía respecto a la expropiación se encuentra en la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (*...without due process of law, nor shall private property be taken for public use, without just compensation...*).

¹⁸² Sentencia de 28 de mayo de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala Contencioso-Administrativo) (FJ 5).

adecuada por la singularidad del derecho de propiedad y que por lo tanto serán, y son, los que impugnen las normas y actos de los poderes públicos que delimiten el derecho de propiedad privada los que tendrán que demostrar, como exigen los tribunales, que esa norma es arbitraria y por ende, contraria a la Constitución¹⁸³.

En España se ha aplicado el principio de no arbitrariedad tanto en la jurisprudencia constitucional como en la ordinaria. Ejemplo de ello es la sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 1^a) (FJ 3)¹⁸⁴ en la que se decide que la declaración de una calle como vía 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.

(c) En España se aplica también un test de proporcionalidad, equiparable al balancing test norteamericano, en la que deben tenerse en cuenta distintos elementos que varían en función del tipo de

¹⁸³ Para corroborar estas afirmaciones se presentan algunos ejemplos (todos ellos ya minuciosamente descritos en este capítulo o por eso no los repetiremos): la sentencia de 26 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 6^a) (FJ 5), en que se exige a las recurrentes, las propietarias, que prueben que los Decretos impugnados son contrarios a la Constitución por limitar excesivamente su derecho de propiedad privada agraria; la de 4 de julio de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 6^a) (propiedad agraria-ciervos que se comen cultivos del monte de Valdemoros-responsabilidad patrimonial de la Administración) en que el agricultor-propietario debe demostrar que se han producido tales daños y en todo caso que la norma de la Junta de la Junta es arbitraria y/o contraria a la Ley; la de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 5^a), en que el propietario que ha edificado debía demostrar que las construcciones eran necesarias y que el derecho de propiedad agrícola podía variar por negligencia de la Administración y la de la AT de Cáceres de 11 de octubre de 1988 (sala contencioso administrativo) (FJ 3) en que la Audiencia 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 LEP 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. La propietaria alegaba que su finca no reunía las condiciones para ser calificada de finca manifiestamente mejorable. La Audiencia entiende que es la propietaria, quien tiene "la carga de la prueba" y que ésta no lo demuestra.

¹⁸⁴ Los propietarios, D^a MG y por la Sociedad Española de Drenos y Calefacciones y S. SA (SEDCS SA), recurren la sentencia de 19 de septiembre de 1988 dictada por la Sala 3^a de lo contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, que cuestionaba un Plan Parcial de Ordenación Urbana. Ése recurso es respondido en apelación por la sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 1^a). El Tribunal Supremo en el fundamento jurídico tercero establece respecto a la impugnación realizada por Doña MG --que entiende que el hecho que el Plan declara calle peatonal una manzana del casco antiguo, y que permitía el aumento de alturas es contrario al Derecho-- que: "no se ha probado en modo alguno que el trazado original sea contrario a los intereses públicos o irracional" (sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 1^a) (FJ 3).

propiedad que se esté analizando.

En *Penn Central* se establece que para saber si estamos ante un *regulatory taking*, ante una regulación excesiva, debe responderse caso por caso, que estamos ante una cuestión abierta, *ad hoc*, -- *open-ended inquiry*. *Penn Central Transportation Co v. City of New York* (438 US 104 (1978)) fija un test para saber cuándo estamos ante una regulación excesiva. Este test exige una investigación (i) de la naturaleza de la acción del government ejecutada; (ii) la disminución del valor que resulte de la regulación; y (iii) la extensión de la interferencia que acarrea la regulación respecto las expectativas resultado de las inversiones que haya realizado el propietario (*investment-backed expectations of the property holder*).

Asimismo, Tribe ha señalado que desde *Penn* la Corte Suprema de Estados Unidos es difícil que considere que estamos ante un *taking*, ante una expropiación, cuando la regulación (i) responda a un interés público, (ii) no llegue a destruir ningún elemento reconocido del cupo de los derechos de propiedad, (iii) deje mucho del valor comercial de la propiedad sin tocar, e (iv) incluya como mínimo algunos beneficios recíprocos. Este es el resultado, de acuerdo con Tribe, de la decisión *Penn Central* que ha sido asumido por la mayoría de autores norteamericanos.

Este test, que exige que se ponderen todos estos elementos, y aunque trasladable a España, salta a la vista que cada uno de los juicios que lo integran obtendrán un resultado muy distinto en nuestro país debido a las diferencias existentes respecto conceptos como lo que es, por ejemplo, la parte integrante del cuerpo del derecho de propiedad, el contenido esencial. A continuación, partiendo del hecho de que en España se exige una ponderación de estos diversos elementos, se describen los criterios empleados en la jurisprudencia española. Insistimos en el hecho de que aquí tan sólo se mencionan las decisiones en que los tribunales españoles exigen una ponderación entre los intereses particulares y los públicos y los criterios fijados en sus decisiones para indicar si estamos o no ante una regulación excesiva.

La ponderación, en España deberá hacerse teniendo en cuenta que forman parte del cuerpo central de la propiedad, de su contenido esencial, otros intereses constitucionales y éstos deben tenerse en cuenta cuando se ponderen los distintos elementos para determinar si estamos ante una regulación excesiva. Por ejemplo, en la propiedad urbana, se ha considerado que 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. Éste legitima cualquier regulación general sobre la propiedad privada sin que por ello deba indemnizarse a los propietarios que se vean afectados.

Consiguientemente, 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 objetivo¹⁸⁵. La Constitución no define el urbanismo, pero de acuerdo con el Tribunal Constitucional, sí 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 ésta una serie de derechos (por ejemplo el recogido en el artículo 47.1 CE) y principios que la delimitan de acuerdo con su función social¹⁸⁶. Estos principios son: “la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47 CE, párrafo primero); y la participación de la comunidad en las plusvalías

¹⁸⁵ Por Administración se entiende la Administración correspondiente de acuerdo con la distribución de competencias. 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 fundamentadora 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, constreñido 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 o 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.

¹⁸⁶ 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)).

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)¹⁸⁷.

(ci) La jurisprudencia española exige que se tenga en cuenta también el principio de igualdad en la regulación de la propiedad.

La aplicación del principio de igualdad actúa en diversas vertientes.

-El principio de igualdad afecta a la distribución competencial. Aquí tan sólo se apunta y en relación al derecho a la propiedad privada que reconoce el art. 33.1 CE, que compete al Estado regular las "condiciones básicas" que garanticen la "igualdad" de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la "igualdad básica" en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo. El Tribunal Constitucional reitera que el art. 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos reconocidos por la Constitución (STC 61/1997, FJ 7.b). Lo que significa, que el hecho que lo trate directamente como tal confirma, una vez más, que estamos ante un derecho "constitucional" (STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 5)¹⁸⁸.

¹⁸⁷ 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))

¹⁸⁸ 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

Con el fin de resolver los recursos de inconstitucionalidad acumulados, el Tribunal Constitucional manifiesta que debe centrarse en el art. 149.1.1 CE, que atribuye al Estado la competencia para la "regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales". Según el Tribunal Constitucional el art. 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos reconocidos por la Constitución (SSTC 61/1997, FJ 7.b) y 164/2001, de 11 de julio (FJ 5)). En cuanto al derecho a la propiedad privada que reconoce el art. 33.1 CE, también debemos reiterar, insiste el Tribunal Constitucional, que al Estado le compete regular las "condiciones básicas" que garanticen la "igualdad" de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la "igualdad básica" en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo (STC 61/1997 (FJ 8) y STC 164/2001 (FJ 5))¹⁸⁹.

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 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.

¹⁸⁹ Por ello, cabe admitir que el contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración, o los presupuestos —delimitación negativa—para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana son elementos, entre otros, que, en principio, "pueden considerarse amparados por la competencia estatal que se localiza en el art. 149.1.1 CE; por medio de esas "condiciones básicas" el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales" (SSTC 61/1997 (FJ 10) y 164/2001 (FJ 5)).

-No se considerará vulnerado el principio de igualdad cuando se establezcan diferencias entre los distintos propietarios si éstas están justificadas por el interés general (la planificación) y son diferenciaciones objetivas. Por lo tanto, 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.

Los recurrentes creen que la disposición 13 LRSV que establece que: "Los propietarios de suelo urbano tienen el 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" vulnera, entre otros, el principio de igualdad por discriminación arbitraria. Las comparaciones que establecen los recurrentes son: La diferencia entre las facultades urbanísticas de los propietarios en suelo urbano consolidado y no consolidado y las facultades urbanísticas de los propietarios en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable. A juicio del Tribunal Constitucional las dos comparaciones quedan fuera del alcance del art. 14 CE: "Cierto es que está vedado al legislador, según jurisprudencia de este Tribunal, conceder un trato distinto a personas que se encuentran en la misma situación (entre otras, SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 31/1984, de 7 de marzo, FJ 10; STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1; 24/1993, de 21 de enero, FJ 3; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 59/1997, de 18 de marzo, FJ 3; 181/2000, de 29 de junio, FJ 11; y AATC 40/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 299/1997, de 15 de septiembre, FJ 2)", pero en este caso, entiende el Tribunal, no se da tal discriminación (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)).

El Tribunal Constitucional es realmente claro al respecto. El art. 13 LRSV no discrimina porque "no trata de forma desigual a las personas en razón de su condición; no selecciona una circunstancia personal o social de los individuos para anudar a ello consecuencias jurídicas diferenciadoras" (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)). El artículo establece el estatuto jurídico de la propiedad en el suelo urbano, y lo hace diferenciándolo del estatuto jurídico propio del suelo urbanizable. Ello es, a juicio del Tribunal Constitucional, "una regulación objetiva de la propiedad del suelo al margen de toda condición o circunstancia personal o social" (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)). En la regulación del art. 13 LRSV no se excluye a una persona determinada. No se impide a ésta que pueda disfrutar de los derechos a completar la urbanización y a edificar en suelo urbano. El artículo tampoco concede

derechos a ningún sujeto en razón, precisamente, de sus características personales o sociales. Quién sea titular en cada momento de los derechos a urbanizar y edificar en suelo urbano es una circunstancia ajena al artículo. Y por lo mismo “en forma alguna se puede trabar un juicio de discriminación *ex art. 14 CE*” (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)).

-No habrá discriminación si las valoraciones no se basan en circunstancias subjetivas. Una regulación que limita el derecho de propiedad en abstracto, aunque incluya diferencias, es constitucional, y no vulnera el art. 14 CE.

Por ejemplo, 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 tuvieran-- 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.

Conforme al art. 14.1 LRSV: “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 tuvieran-- 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”. El Tribunal Constitucional rechaza que estemos ante un caso de discriminación positiva contra los propietarios de suelo urbano consolidado (respecto de los propietarios de suelo urbano no consolidado). La inexistencia de deberes de cesión de suelo (en el urbano consolidado) no constituye discriminación alguna entre personas y por circunstancias subjetivas, que es lo prohibido por el art. 14 CE, sino distintas regulaciones abstractas del derecho de propiedad urbana – El Tribunal Constitucional también rechaza que el artículo infrinja el art. 149.1.1 CE, que los recurrentes ligaban a la del art. 14 CE (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 20)).

La inexistencia de deberes de cesión de suelo (en el urbano consolidado) no supone, como afirman los recurrentes, una opción estatal por la expropiación forzosa como instrumento de obtención de suelo dotacional. El art. 14.1 LRSV se limita a definir el contenido de la propiedad urbana (en suelo consolidado). Y es el art. 33.3 CE, determina la sentencia, el que prohíbe la apropiación pública del derecho de propiedad urbana sin indemnización. En consecuencia, no sería el art. 14.1 LRSV sino a lo

sumo el art. 33.3 CE quien impondría a los municipios la obtención de suelo dotacional mediante expropiación. En consecuencia, la regulación que del derecho de propiedad del suelo establece el art. 14.1 LRSV (urbano consolidado) no impone concretas técnicas urbanísticas, por lo que el motivo de impugnación así fundamentado es rechazado (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 20)).

-Asimismo, se entiende que la norma que impone a los propietarios de suelo urbano no consolidado el deber de "proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo" es constitucional y sirve a la igualdad básica entre propietarios en suelo urbano no consolidado (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 23))¹⁹⁰.

-De todas maneras, aunque la norma diferencie en abstracto sí puede darse una vulneración del principio de igualdad, y así lo ha interpretado la jurisprudencia ordinaria, si en el contenido de la norma reguladora del derecho de propiedad resulta en una aplicación de ésta no equitativa. Así, y a juicio del Tribunal Supremo, la reparcelación económica discontinua, implica la vulneración de exigencias "tan fundamentales de nuestro sistema urbanístico" como son el reparto equitativo de las cargas y beneficios (sentencia de 23 de octubre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3^a))¹⁹¹.

-El principio de igualdad puede operar como criterio para regular de manera distinta diferentes derechos de propiedad – y evitar así una discriminación, no en la propiedad, sino ante otro tipo de derechos e intereses constitucionales. Este tipo de regulación se fundamenta en la función social de la propiedad privada. Por ejemplo, en los arrendamientos urbanos un propietario-arrendador puede ver

¹⁹⁰ El grupo de Diputados impugna la letra d) del art. 14.2 LRSV. El precepto impone a los propietarios de suelo urbano no consolidado el deber de "proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo". Frente a lo que sostienen los recurrentes, mantiene el Tribunal Constitucional, "la norma transcrita sirve a la igualdad básica entre propietarios en suelo urbano no consolidado" (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 23)). Del art. 14.2 d) LRSV resulta que los propietarios no pueden avanzar en el proceso de agregación de valor urbanístico a sus terrenos (mediante las obras de transformación o urbanización) mientras no hayan quedado definidos, por algún procedimiento de equidistribución, los aprovechamientos urbanísticos subjetivos de cada uno de los titulares. El deber de equidistribución previo a la transformación del suelo actúa así como una condición de igualdad de todos los propietarios de suelo urbano no consolidado (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 23)).

¹⁹¹ El Tribunal Supremo en el fundamento jurídico segundo, añade que el Plan de Ordenación Urbana de Madrid, la reparcelación económica discontinua, implica la vulneración de exigencias "tan fundamentales de nuestro sistema urbanístico" como son el reparto equitativo de las cargas y beneficios (sentencia de 23 de octubre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3^a) (FJ 1)).

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.

Como es sabido la sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992 responde a una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 58.1 de la LAU¹⁹². El Tribunal Constitucional establece que dicho artículo es inconstitucional¹⁹³ en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo material y estable, *more uxorio*, con el arrendatario o arrendataria fallecida¹⁹⁴. Ahora bien, ello significará que 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. El Tribunal Constitucional declara que 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).

La decisión basa sus argumentos en distintos intereses establecidos en la Constitución. Sin

¹⁹² 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).

¹⁹³ De la opinión expresada en el fallo disienten dos Magistrados los cuales se pronuncian mediante votos particulares. Según el primero, al existir anterior doctrina, numerosa y reciente, sobre la exclusión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, habría que haber declarado la constitucionalidad del precepto. El segundo Magistrado pone en tela de juicio el papel de legislador positivo que se atribuye el Tribunal, y considera que, por ese motivo, habría que haber desestimado la cuestión planteada.

¹⁹⁴ "En los términos en que la cuestión se ha promovido, el art. 58.1 LAU se estima inconstitucional en aquella parte del mismo en que se atribuye al "cónyuge" del arrendatario fallecido -no, por tanto, al miembro superviviente de una unión de hecho- la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento. El precepto, pues, se reputa de contrario a la Constitución en lo que tiene de norma excluyente, de tal modo que -de ser compartible este reproche- la norma habría incurrido, en el extremo dicho, en una inconstitucionalidad sobrevenida por defecto. A los efectos del examen que aquí hemos de emprender, se ha de partir, así, de la constatación de que el enunciado legal, al referirse tan sólo al cónyuge, entraña la exclusión a contrario de quien haya convivido "more uxorio" con el arrendatario fallecido, que quedaría al margen, de este modo, de la previsión legal y sin posibilidad alguna de reclamar para sí, por consiguiente, el beneficio legal de la subrogación" (STC 222/1992, FJ 3).

embargo se centra sobre todo en la protección de la familia¹⁹⁵. Un concepto de familia que debe ser conforme a las libertades y derechos establecidos en la Constitución¹⁹⁶: “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)” (STC 222/1992, FJ 3).

Por otro lado, el Tribunal reconoce que 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 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 (STC 222/1992, FJ 3)¹⁹⁷.

¹⁹⁵ “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” (STC 222/1992, FJ 3).

¹⁹⁶ El Tribunal Constitucional delimita lo que deben ser los contenidos mínimos sobre familia que contiene la Constitución, a pesar de que se recuerda que será el legislador el que deberá definir ésta de acuerdo con la Constitución: “Cabría objetar, ya en otro orden de cosas, que el otorgamiento de este beneficio legal al cónyuge superviviente sin descendencia no puede ser concebido como instrumento de protección a la familia, y ello en atención a un doble orden de consideraciones: porque, en primer lugar, la pareja sin hijos no entraría en el concepto constitucional de “familia” y porque, en todo caso, el beneficio al cónyuge superviviente sin descendencia -o que no conviva con otros parientes- no podría decirse atribuido a familia alguna, extinguida, precisamente, por el fallecimiento del otro cónyuge. Ninguna de estas consideraciones puede ser, sin embargo, compartida. La primera, porque en el concepto constitucional de “familia” entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales (art. 18.1), con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 45/1989, 192/1991 y 200/1991) y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz “familia”, en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia [...] Si no es discutible que la familia es siempre un marco de solidaridades y de dependencias tampoco lo ha de ser la calificación como protección familiar de la que se preste a quien ha convivido familiarmente y ve alterada esa realidad y sus expectativas por causa del fallecimiento de la persona con la que integraba una unidad familiar. La familia no será ya entonces el objeto, pero sí, desde luego, el fundamento de la protección dispensada por el poder público. Las consideraciones anteriores sirven, pues, para ilustrar sobre la finalidad del precepto legal cuestionado y sobre su conexión con lo dispuesto en el art. 39.1 CE (STC 222/1992, FJ 4).

¹⁹⁷ Se trata de una función social de la propiedad privada que se realiza una vez más a costa del propietario, de un particular, escogido al azar: “Por lo demás, que el fundamento sobrevenido del art. 58.1 LAU deba verse en el art. 39.1 CE es también relevante para justificar de este modo el límite evidente que aquella previsión 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 limitación temporal a la finalización de la relación contractual, impidiéndole, así, recuperar la plena posesión del inmueble. Se

El Tribunal Constitucional finalmente declara que es precisamente tal art. 14 CE el que ha de dar respuesta a la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad, en el punto considerado, del art. 58.1 LAU (STC 222/1992, FJ 5)¹⁹⁸. Con lo que afirma que lo que se trata de proteger con la “función social” que se aplica en este caso concreto es lo que disponen 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 (STC 222/1992, FJ 6)¹⁹⁹.

-Tampoco queda vulnerado el derecho a no ser discriminado cuando sobre una misma propiedad se establecen tratos distintos a situaciones patrimoniales diversas si éstas diferencias están basadas en intereses constitucionales legítimos y conformes con el interés general. De este modo, en los arrendamientos urbanos, ante una vivienda, un propietario-arrendador puede ver limitado su derecho de propiedad en beneficio del arrendatario – en virtud de una imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador-- sin que ello suponga una desnaturalización del derecho de propiedad. 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.

En este caso, sentencia del Tribunal Constitucional 89/1994, se cuestiona si la imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador supone una desnaturalización del derecho de propiedad.

fundamenta y realiza así, en este concreto ámbito, la función social de la propiedad (art. 33.2 CE)” (STC 222/1992, FJ 3).

¹⁹⁸ En este caso, en que el coste del derecho a la igualdad corre a cuenta de un propietario arrendador – no como en la sentencia sobre las pensiones en que el coste hubiese caído sobre el Estado—s insiste en los objetivos reconocidos como parte de la función social, y de su contenido esencial, del derecho de propiedad urbana: “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 222/1992, FJ 6). En base a los argumentos descritos el precepto es declarado constitucional (STC 222/1992).

¹⁹⁹ FJ 6: “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” (STC 222/1992, FJ 6).

En el supuesto la actora es propietaria de una vivienda en un inmueble madrileño por lo que cobra una renta de alquiler de 1.489 pesetas al mes. A su vez ella es inquilina de otra vivienda del mismo inmueble por el que paga una renta mensual de 150.000 ptas. Salta a la vista que existe una situación absurda e injusta. En este caso se cuestiona si la imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador supone una desnaturalización del derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional decide que la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos anteriores al RDL 2/1985 no es contraria al contenido esencial de los derechos de propiedad y de libre empresa, y tampoco constituye una discriminación para los antiguos arrendadores incompatible con el artículo 14 CE. La razón por la cual el Tribunal Constitucional no considera el caso ni contrario a la igualdad ni a la propiedad constitucionales es que a su juicio no existe equiparación entre los derechos del arrendador y el arrendatario. No estamos ante dos supuestos iguales y que por lo tanto la diferenciación entre las condiciones del arrendador y el arrendatario – que establecen que uno puede exigir la prórroga y el otro no – no es discriminatoria (STC 89/1994).

El Tribunal Constitucional una vez más recuerda que la propiedad privada puede verse limitada por las razones que vienen establecidas en los siguientes artículos de la Constitución: el 47 CE, que reconoce el derecho a la vivienda, y el 39.1 CE, que exige que los poderes públicos velen por la protección del domicilio familiar, y la familia – familia conforme al texto de la Constitución. A estos, el siguiente fundamento añade otros intereses: “Ello supone que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (así artículos 40.1, 45.2, 128.1 y 130.1 entre otros)” (STC 89/1994, FJ 4).

No cabe duda, sin embargo, que tal prórroga supone una carga importante para el propietario-arrendador²⁰⁰. Para algunos estamos ante “la existencia de una “pseudopropiación encubierta cuya causa de utilidad pública o interés social, a los efectos del artículo 33.3 CE es más que discutible” (JPI número 3 de Gijón, que planteó una cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley también) (STC

²⁰⁰ En la sentencia también aparece un voto particular que apunta en esa dirección. El voto particular de A. Rodríguez Bereijo manifiesta que: El TC emplea 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”.

89/1994, FJ 3). Ahora bien, de la afirmación del Tribunal Constitucional en esta decisión podemos extraer que el derecho de propiedad hoy está formado por otros elementos aparte de los puramente patrimoniales, como los derechos e intereses que menciona, que pasan a formar parte del contenido esencial de la propiedad privada, a través de su función social, que forma parte del contenido esencial de la propiedad privada.

En la decisión además se hacen otras afirmaciones respecto a la propiedad privada en general y que aplica a esta propiedad urbana en concreto: Es el legislador el que *determinará* el contenido del derecho de propiedad “en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de ese derecho” (STC 89/1994, FJ 4). En conclusión el Tribunal Constitucional dispone que la imposición de prorrogas forzosa que se impone al arrendador no supone una desnaturalización del derecho de propiedad. Es cierto que la prorrogas forzosa implica una limitación y una restricción del derecho de propiedad en cuanto a su utilización económica, ya que dificulta que los arrendamientos se adecuen con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamiento, pero esa dificultad, que el Tribunal Constitucional clasifica de limitación, no es considerada por el Tribunal supresión del derecho. La decisión declara que se trata de una simple afectación de su contenido que no hace desaparecer el derecho ni lo convierte en irreconocible: “Esa limitación derivada de la prorrogas forzosa queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad le atribuye el artículo 33 de la Constitución” Por lo tanto, en el presente texto consideramos que se trata más bien de una delimitación del derecho de propiedad ya que no se está hablando de limitación-expropiación y se reconoce a las prorrogas forzosas como “limitaciones” que realiza el legislador en base a la función social, por lo tanto se trata de ‘delimitación’ del derecho ((STC 89/1994, FJ 5).

La historia de la regulación de los arrendamientos urbanos, continúa el Tribunal Constitucional, muestra que la medida de la prorrogas forzosa, responde a una finalidad tuitiva de intereses que se consideran necesitados de una especial protección. En este caso los intereses de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario: “En el contexto de la vigente Constitución esa delimitación del derecho de propiedad encuentra una justificación en la proclamación del artículo 47 del Texto fundamental”. En este supuesto, confirmando lo que anteriormente ha, el Tribunal Constitucional reconoce que se trata de una delimitación del derecho, y no de una limitación. El Tribunal

Constitucional sostiene que esta medida, la de la prórroga forzosa, se aplica y entra en el 'ámbito de delimitación del derecho, porque el artículo 47 CE recoge el derecho a disfrutar de una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias y el 39.1 el deber de los poderes públicos de promover la estabilidad del domicilio familiar así como de la misma familia ((STC 89/1994, FJ 5)²⁰¹.

En conclusión, esa limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador, no vulnera el principio de igualdad y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el artículo 33 CE (STC 89/1994, FJ 5).

-En base a lo expuesto, también en los arrendamientos urbanos, ante un local de negocio, un propietario-arrendador puede ver limitado su derecho de propiedad en beneficio del arrendatario – en virtud de una imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador sin que ello suponga una desnaturalización del derecho de propiedad. 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. A la pregunta: ¿Y si estamos ante arrendamientos urbanos pero que no son domicilio familiar si no locales de negocio qué ocurre? El Tribunal responde que se aplicará un razonamiento similar: “Y debe señalarse que un razonamiento similar puede llevarse a cabo respecto del arrendamiento de locales de negocio, en cuanto que la prórroga forzosa representa un favorecimiento, por el legislador, del mantenimiento de empresas o actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de apoyo a la producción y al

²⁰¹ Con esta medida, de la prórroga forzosa amparada en los artículos 47 y 39.1 CE, insiste el Tribunal Constitucional, se responde a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin que se vulnere el “derecho constitucional” de propiedad, y sin que se dé ningún “vaciamiento” o “desfiguración” de tal derecho. En base a lo descrito el Tribunal Constitucional manifiesta que “... no cabe estimar que el artículo 57 y conexos LAU que ahora se cuestionan vulneren las disposiciones del artículo 33 CE”... ((STC 89/1994, FJ 5) a pesar de que entiende que ello supondrá para el arrendador una limitación de su derecho de propiedad urbana importante: “De lo expuesto resulta que no es la prórroga forzosa per se el origen de una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado. Naturalmente, si la prórroga fuera potestativa para el arrendador, la recuperación del inmueble para su propietario a la finalización del contrato podría entrañar eventualmente una mayor utilidad para aquél, en un mercado en que se incrementan los precios de los alquileres urbanos: en este sentido, los preceptos cuestionados pueden implicar una limitación del derecho de propiedad en cuanto a su utilidad económica. Pero ello no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendataria se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible” ((STC 89/1994, FJ 5).

empleo, respaldadas por los mandatos de los artículos 35, 38 y 40 de la Constitución” ((STC 89/1994, FJ 5), claro que el interés social que se protege en este caso es otro: el mantenimiento de empresas y actividades económicas.

El Tribunal Constitucional no explica porque incluye estos artículos constitucionales y no otros. Aunque la elección del Tribunal nos parece coherente y defendible no entendemos cuáles han sido los criterios que han llevado al TC a escoger estos artículos, ¿por qué no se incluyó, por ejemplo, el medio ambiente?

(cii) Para enjuiciar las limitaciones que se impongan a la propiedad se valorará si éstas son objetivas y razonables, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente admitidos, cuya exigencia debe aplicarse en relación con su finalidad. Asimismo se aplicará un juicio de proporcionalidad.

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). 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 local (75%) o por estar incluidos en unidades de ejecución a desarrollar por el sistema de expropiación (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. Así pues, y por lo que al precepto enjuiciado concierne, el legislador le atribuye al titular dominical una cuantía o un porcentaje de aprovechamiento distinto (75 ó 50%) al que rige con carácter general en el art. 27 (85%), y ello, además, por circunstancias no imputables al propietario (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)).

El Tribunal Constitucional pues estudia si la diferencia en los supuestos justifica tal disparidad normativa de acuerdo con la Constitución. La decisión recuerda que, en virtud de la doctrina del Tribunal (STC 76/1990, FJ 9º A), habría que indagar si la diferenciación normativa, en lo que a la cuantía del aprovechamiento se refiere y a su consiguiente valoración a efectos expropiatorios, responde o no a una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente admitidos, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo guardar, por ello, una razonable relación 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 Constitución – nosotros creemos que se refiere a que existe una habilitación, incluso un mandato-- y porque, además, “las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos 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 habilitación constitucional – se adecue a un fin constitucionalmente legítimo— la norma será constitucional y conforme al artículo 14 CE. En este caso también, y una vez más, el Tribunal Constitucional se basa en un escrutinio medio – *mere scrutiny*— para cuestionar la constitucionalidad de una norma en relación al principio de igualdad.

Los criterios que utiliza el Tribunal Constitucional para llegar a esta conclusión son: En primer

término, debe verse si la finalidad perseguida por la norma y ulteriormente si el medio arbitrado -una valoración inferior- guarda una relación razonable de proporcionalidad, conforme a la doctrina expuesta por éste (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)). Al respecto el Tribunal reconoce que no es fácil identificar la finalidad o finalidades objetivas que la norma persigue en el complejo entramado normativo en el que se inserta. Sin embargo el propio título que encabeza el precepto ofrece algunas pistas, apunta la sentencia: Los objetivos de la norma, recogida en el artículo 32, son 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.

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)). 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 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)).

(ciii) En España, cuando se ponderen los distintos elementos de la regulación de la propiedad, para determinar si ésta excesiva, debe tenerse especialmente en cuenta la función social del derecho de propiedad.

De la jurisprudencia española se extrae que la función social del derecho de propiedad urbana comprende conseguir una propiedad urbana razonable no especulativa. 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 éste 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 propiedades 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)).

-En España la regulación, la habilitación de los poderes públicos, puede llegar incluso a la conculcación de determinados derechos patrimoniales, de espacios físicos, si ello está justificado en virtud de un interés público que beneficiará a todos los propietarios. 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 (artículo 14.2 LRSV)²⁰² es una regulación del derecho de propiedad urbana

²⁰² Es el artículo 14.2 LRSV el que lo establece: "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". El precepto no es inconstitucional desde el punto de vista competencial (ni desde ningún otro punto de vista se entiende ya que el Tribunal Constitucional no dice lo contrario). Debe subrayarse que el artículo habla de ceder *obligatoria y gratuitamente* a la Administración (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 21)). Tampoco es inconstitucional otro supuesto parecido, el que establece la letra c) del art. 14.2 LRSV. Esta norma establece el deber de los propietarios de suelo urbano no consolidado de "ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del correspondiente ámbito; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo". El art. 14.2 c) LRSV impone hoy, manifiesta el Tribunal Constitucional, como norma de igualdad de los propietarios de suelo urbano consolidado, un máximo de cesión de suelo: el correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico patrimonializable. O descrito desde su otra vertiente, el art. 14.2 c) LRSV garantiza a los propietarios de suelo urbano no consolidado al menos el 90 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 22)). El art. 14.2 c) LRSV establece un porcentaje mínimo de aprovechamiento subjetivo (o patrimonializable) a favor de los propietarios de suelo (en concreto, 90 por 100), pero no la base sobre la que se aplica. De ello resultará que la competencia de las Comunidades Autónomas sobre las facultades urbanísticas de la propiedad del suelo urbano no consolidado no resultará sólo de la posibilidad de elevación de ese porcentaje mínimo de aprovechamiento subjetivo, sino de la competencia para determinar los ámbitos de la equidistribución (todo el suelo urbano no consolidado, o porciones limitadas

conforme a la Constitución—que además no incluye indemnización—justificado por la función social de la propiedad privada. En estos términos, es claro, subraya la sentencia, que la norma del art. 14.2 LRSV contiene una norma de igualdad mínima en el ejercicio del derecho de propiedad amparada por el art. 149.1.1 CE (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 22)).

-Asimismo, 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, ... (art. 18 LRSV)-- es constitucional y constituye una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme al artículo 33 CE que no exige indemnización ya que viene justificada también por la función social de la propiedad privada (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 30))²⁰³.

-De la jurisprudencia constitucional se extrae que las regulaciones que vayan en esta dirección no son inconstitucionales porque vienen justificadas por la función social de la propiedad. Ahora bien, ello no significa que todas las decisiones jurisdiccionales hayan ido en esa dirección. En general, basta con que la regulación no sea excesiva, que sea proporcionada y no arbitraria. Por lo tanto, una decisión en otra dirección puede ser igualmente constitucional y conforme a la función social mientras no sea desproporcionada. Ello no ocurre a menudo pero ocurre. El Tribunal Supremo, sin embargo, no ha seguido este camino en el caso Vallecas (sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo

de éste), y la fórmula misma del aprovechamiento urbanístico patrimonializable.

²⁰³ El art. 18 LRSV establece los deberes de los propietarios de suelo urbanizable: "La transformación del suelo clasificado como urbanizable comportará para los propietarios del mismo los siguientes deberes: 1. 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. 2. Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya o adscriba al ámbito correspondiente. 3. Costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación y, en su caso, las obras necesarias para la ampliación o refuerzo de dichos sistemas requeridos por la dimensión y densidad de la misma y las intensidades de uso que ésta genere, de conformidad con los requisitos y condiciones que establezca el planeamiento general. 4. Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del sector o ámbito correspondiente; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo. 5. Proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo. 6. Costear o ejecutar la urbanización del sector o ámbito correspondiente. 7. Edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento". Este artículo es conforme a la Constitución – y al orden constitucional de competencias (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 30)).

(Sala 3^a, Sección 6^a)²⁰⁴ del que ya hemos hablado. Recordamos que en Vallecas, el simple factor de estar los viales afectados de hecho al uso común, como medio de acceso, a las viviendas – en este caso chabolas-- con la aquiescencia de su propietario, en modo alguno supone ello la atribución a tales viales de la condición de vías públicas afectadas al dominio público – ya que estos terrenos, entiende el Tribunal Supremo no han salido previamente del patrimonio de su propietario²⁰⁵. En estos casos debe recaer, apunta el Tribunal Supremo, conforme al sistema elegido, la expropiación. El criterio que emplea este Tribunal es que los terrenos no quedan dentro de una planificación general como ocurre en la mayoría de los supuestos. No entendemos muy bien este criterio ya que por otro lado se obvian las cuestiones medioambientales.

Lo que lleva a que el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico quinto estime el recurso de apelación y declare que el propietario tiene derecho a que sus terrenos le sean valorados e indemnizados teniendo en cuenta que estos son de propiedad privada, y que “se van a destinar al uso como viales, no cedidos a la Administración y que son del dominio privado del apelante,...” (la sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 6^a) (FJ 5)). En conclusión el Tribunal Supremo declara que los terrenos de la sociedad recurrente a que se refiere el proceso habrán que ser valorados e indemnizados a aquéllas. Nosotros opinamos que, por otro lado, debía tenerse en cuenta la planificación urbanística por razones medioambientales, que si se atiende a lo que establece el texto de

²⁰⁴ La sentencia del TSJ de Madrid de 9 de marzo de 1990, en la que se desestimó el recurso contra el acuerdo de la Comisión de Urbanismo y Medio ambiente de la Comunidad de Madrid de 1987 en el que se aprobaba el proyecto de expropiación de varios polígonos del sector de edificación abierta de Vallecas en razón de reputar calles --donde hasta el momento había chabolas es recurrida y resuelta en la sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 6^a). La parte apelante (Karru SA) defiende que los terrenos son de propiedad privada y así figura inscrito en el Registro de propiedad. Además, apunta el propietario, los terrenos nunca tuvieron la condición jurídica de calles. Los terrenos en el planteamiento urbanístico están clasificados como que deberán ser dedicados a parques y jardines. En los terrenos existen chabolas y vías de acceso a las mismas, sin sujeción a planteamiento alguno, siendo por tanto, interpreta el Tribunal Supremo, de propiedad del apelante (y así lo ha reconocido la Administración en otros proyectos expropiatorios también de Vallecas). En resumen: el Ayuntamiento defendía que los viales a las chabolas ya estaban cedidos a éstos y que estamos tan sólo ante una mera regulación; y en cambio el Tribunal Supremo acaba estableciendo que no, que los terrenos nunca fueron cedidos todavía como calles y que por lo tanto, para este fin es necesario que se indemnice a los propietarios si se realiza una expropiación en este sentido, ya que hasta el momento los terrenos son de propiedad privada.

²⁰⁵ Estos argumentos se concretan en el fundamento jurídico cuarto cuando el Tribunal Supremo dispone que: “Por tanto, el simple factor de estar tales viales afectados de hecho al uso común, como medio de acceso, a las viviendas, con la aquiescencia de su propietario, en modo alguno supone ello la atribución a tales viales de la condición de vías públicas afectadas al dominio público, al no haber salido previamente del patrimonio de su propietario. La expropiación, conforme al sistema elegido, ha de recaer, pues, sobre el terreno propiedad del expropiado cuya inclusión en el proyecto solicita el mismo” (la sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 6^a) (FJ 4)).

la Constitución debería ser toda (con el fin de lograr una mejor calidad de vida...).

(civ) El medio ambiente es una de las funciones sociales que más han incidido en la regulación de la propiedad privada y es también un interés público que justifica limitaciones a la propiedad sin que se consideren excesivas.

Pueden exigirse obligaciones y cargas a los propietarios sin que se consideren regulaciones excesivas, sin que concurra indemnización, si éstas están justificadas por un interés público. El medio ambiente es un interés público que justifica este tipo de limitaciones. Consiguientemente, los poderes públicos deben garantizar que las propietarias cumplirán con las obligaciones y cargas derivadas de la propiedad del suelo para que se garantice asimismo la preservación del entorno (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14))²⁰⁶.

-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.

El Tribunal rechaza la impugnación del artículo 17 TRLS desde el punto de vista competencial. En el mismo apartado realiza una serie de aclaraciones respecto la propiedad urbana. La regulación que efectúa el artículo que en ningún momento cuestiona, sino que amplía: El art. 17 T.R.L.S. se refiere a uno de los posibles destinos del suelo no urbanizable -las áreas de especial protección- y circunscribe su

²⁰⁶ En esta decisión el Tribunal Constitucional declara conforme a la Constitución 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.") ya que éste expresa la idea que subyace al art. 33.2 C.E. y al art. 128.1 C.E (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14)). 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.

alcance a la declaración de que el planeamiento territorial y urbanístico podrá delimitar áreas de especial protección en las que estará prohibida cualquier utilización que sea contraria con su destino o naturaleza, lesione el valor específico que se quiera proteger o infrinja el concreto régimen limitativo establecido por aquél (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16 c)).

-En cuanto a la naturaleza de la acción del government ejecutada citada en Penn Central, que debe responder a un interés público, también en España se ha tenido en cuenta para imponer deberes de conservación del paisaje urbanístico con el mismo resultado que en Penn Central – es decir, reconociendo que estamos ante una regulación constitucional, no excesiva. Efectivamente, en España se reconoce que 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 (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 32 b))²⁰⁷.

(cv) La habilitación de los poderes públicos para regular en España está limitada por el contenido esencial de la propiedad. El contenido esencial de la propiedad se define de acuerdo con el tipo de propiedad sobre el que recaiga y queda extremadamente reducido en función de otros intereses constitucionales.

La habilitación de los poderes públicos para regular en España está limitado por el contenido esencial de la propiedad. El contenido esencial de la propiedad se define de acuerdo con el tipo de propiedad sobre el que recaiga y queda extremadamente reducido en función de otros intereses constitucionales. Por ejemplo, en el derecho de propiedad urbana, y en concreto respecto el derecho a edificar, el Tribunal Constitucional ha declarado que éste tiene carácter temporal y debe estar

²⁰⁷ 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 garantizan 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)).

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 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))²⁰⁸.

-El test de Penn exige que para que una regulación no sea excesiva no puede destruirse ningún elemento reconocido del cupo de los derechos de propiedad, y además debe dejarse el uso esencial de la propiedad sin tocar. Las regulaciones que respondan a un interés público, si respetan estos dos elementos, se consideran constitucionales también en España.

En España, 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

²⁰⁸ “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)).

dentro de los límites que, en su caso, establezcan las leyes o el planeamiento. Ésta es una delimitación del derecho de propiedad, o propiedad “urbana”, conforme a la Constitución²⁰⁹. Ninguno de los límites que se imponen a este tipo de propiedad se indemnizará.

(cvi) El tercer elemento del test establecido en Penn, --ver si el propietario ha visto malogradas con la regulación los resultados que éste esperaba de sus inversiones—se aplica también en España en casos concretos pero con resultados mucho más restrictivos.

En el análisis de la venta forzosa se aplica el tercer elemento del test establecido en Penn, --ver si el propietario ha visto malogradas con la regulación los resultados que éste esperaba de sus inversiones. En base a este criterio, en la venta forzosa el Tribunal Constitucional entiende conforme a la Constitución el hecho que se indemnice al propietario por el valor correspondiente al grado de adquisición de sus facultades urbanísticas (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 32 a))²¹⁰.

-Ahora bien, normalmente en España no se llega a compensar por “expectativas” razonables, fruto de inversiones conforme a la regulación existente en un determinado momento. Ello en España ocurre debido al amplio concepto de función social existente en España y al hecho de que el contenido esencial

²⁰⁹ El art. 20 LRSV establece: “1. Los propietarios del suelo clasificado como 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”. De todas maneras el artículo establece una excepción que de hecho no constituye un derecho, si no una excepción justificada por el interés público: “Excepcionalmente, a través del procedimiento previsto en la legislación urbanística, podrán autorizarse actuaciones específicas de interés público, previa justificación de que no concurren las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 9 de la presente Ley. 2”. La Ley también prohíbe las parcelaciones urbanísticas, “sin que, en ningún caso, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza” (art. 20 LRSV). La sentencia tan sólo cuestiona la constitucionalidad del precepto desde el punto de vista competencial – que no considera vulnerado (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 31)). Entendemos que el precepto, en todos los sentidos --al no haber sido impugnado respecto a éstos otros aspectos que no sean los competenciales--es constitucional y una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución.

²¹⁰ En el Título V del TRLS se establecen las condiciones para las “Expropiaciones y el régimen de venta forzosa” (arts. 227.1; 228. 3 y 4). La norma que dispone que la venta forzosa en los supuestos en los que proceda de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, se realizará a través del procedimiento que se determine en la legislación aplicable, indemnizándose al propietario por el valor correspondiente al grado de adquisición de facultades urbanísticas, es constitucional (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 32 a)).

del derecho de propiedad, el *property core*, en nuestro país está mucho más reducido. Así, mientras que en Estados Unidos si una persona compra unos terrenos para edificar conforme a la regulación actual cuando la normativa cambia se ha establecido que debía indemnizarse a los propietarios en España no. En Estados Unidos se ha considerado que era razonable que un propietario esperase recuperar sus inversiones a través de una urbanización, por ejemplo, mientras que en España estas "expectativas", se han considerado esto: "meras expectativas".

Por ejemplo, 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.

El artículo 10 LRSV dispone realmente una acotación del derecho propiedad urbana importante: "El suelo que, a los efectos de esta Ley, 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". La transformación del suelo urbanizable, además, tendrá lugar "en los términos establecidos en la legislación urbanística y planeamiento aplicable". Será cada Comunidad Autónoma y en los términos que cada una disponga, el órgano encargado de la ordenación o planificación urbanística—quien determine en qué forma y a qué ritmo el suelo urbanizable debe engrosar la ciudad²¹¹ (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 15)).

²¹¹ En el fundamento jurídico 16 se establece además que es conforme a la Constitución también el artículo 11 LRSV: "En los municipios que carezcan de planeamiento general, el suelo que no tenga la condición de urbano de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 8, tendrá la consideración de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley" (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 16)). El art. 11 LRSV permite, concreta el Tribunal Constitucional, entre otras, la siguiente interpretación: allí donde no hay planeamiento general, y donde el suelo no está transformado con los requisitos del art. 8 LRSV (suelo urbano), la única clasificación posible del suelo es la de "no urbanizable". Conforme a esta interpretación el Estado habría impedido aquí la existencia de otras clases de suelo (en especial, de clases de suelo donde es posible la transformación urbanística) allí donde no existe planeamiento general. Las reglas de la hermenéutica permiten concluir, subraya el Tribunal Constitucional, que la referencia al "planeamiento general" ha de entenderse hecha —de forma similar a como dijimos en el FJ 8 respecto del término "planeamiento"—a cualquier instrumento de ordenación urbanística que cumple la tarea de clasificación del suelo, llámese ese instrumento de clasificación "plan" (general o no), "proyecto de ordenación", o de cualquier otra forma. De este modo sería posible —conforme a la regulación urbanística de cada Comunidad Autónoma—la existencia de suelo susceptible de transformación o urbanización en virtud de instrumentos de ordenación urbanística distintos de los planes generales. Y

-En España no sólo priman los intereses patrimoniales sino que deberán tenerse en cuenta otros, como los medioambientales. Sin embargo, ello no significa que en todo caso los criterios medioambientales, a juicio de los tribunales españoles, deban aludirse. La regulación puede incluir la protección del medio ambiente pero si no lo hace no estaremos ante una regulación inconstitucional. Precisamente, 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.

El grupo de Diputados critica el hecho de que en el artículo 10 LRSV primen los objetivos de desarrollo económico, frente a la protección ambiental garantizada por el art. 45 CE. El Tribunal Constitucional entiende que eso no ocurre. Los argumentos ya expuestos en el apartado anterior conducen a la desestimación de este motivo de inconstitucionalidad. Los grupos medioambientales – por lo menos los catalanes, como DEPANA que engloba gran parte de las ONG catalanas sobre medio ambiente-- desde luego hubiesen preferido que el suelo no clasificado se considerase no urbanizable – y no solamente “suelo urbanizable”.

El Tribunal Constitucional explica que la clasificación residual del suelo como urbanizable sólo actúa en defecto de la expresa clasificación como suelo no urbanizable, opción ésta última que sustancialmente corresponde a cada Comunidad Autónoma. La clasificación residual del suelo como urbanizable, en la forma en que lo hace el art. 10 LRSV, no impone ni el cómo ni el cuándo de la transformación del suelo: la conformidad del suelo urbanizable con el medio ambiente resultará de las decisiones (autonómicas y, complementariamente, locales) sobre volumen edificatorio, usos e intensidades. A partir de estas premisas, en forma alguna se puede identificar en el art. 10 LRSV una petrificación de los valores ambientales a favor del desarrollo económico (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 15)). Pero nosotros creemos que tampoco se está dando prioridad al medio ambiente, y que ello no lleva a la nulidad de la norma.

-Concluimos, en este apartado, que en general, sin embargo, los criterios medioambientales han influido a la hora de determinar qué resultados puede exigir un propietario como fruto de sus

por ello, así interpretado, el art. 11 LRSV es conforme con el orden constitucional de competencias, y en general con la Constitución (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 16)).

inversiones para obtener una indemnización. El interés medio ambiente ha reducido notablemente éste, y mientras la regulación no sea arbitraria, puede “reducirse” notablemente el contenido del derecho de propiedad. Así, 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.

La sentencia de 19 de septiembre de 1988 dictada por la Sala 3ª de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid responde a un recurso interpuesto por Dª MG y por la Sociedad Española de Drenos y Calefacciones y S. SA (SEDCS SA) contra el Plan Parcial de Ordenación Urbana de Madrid. El nuevo Plan determina que la finca de propiedad de la empresa “Casa F”, que en el anterior planeamiento venía calificada como “zona de industria existente”, ha pasado a tener consideración de “suelo no urbanizable protegido de zona verde”, al tiempo que se recalifican como suelo industrial los terrenos del polígono de Pinot-Estación, que tenían la consideración de zona verde desde el Plan Parcial de 1978. La empresa recurrente basa la impugnación en el hecho que será difícil para los ciudadanos acceder a la zona verde ya que ésta se encuentra al otro lado de la vía de ferrocarril y que por lo que respecta a ella, no va a poder expendirse económicamente. La empresa pues defiende que hubiese sido más lógico establecer otro tipo de clarificación. La Audiencia entiende que no es el interés del propietario el que debe definir cuál es la calificación más adecuada si no el de los vecinos.

La AT de Madrid dispone que a pesar de que comprende las razones de la recurrente y entiende sus legítimos intereses económicos, declara que el Plan no es contrario al principio de distribución equitativa de las cargas (como defendía la recurrente a raíz de la “permuta” de calificaciones) y en general que éste no es contrario a Derecho. Aquí simplemente, comenta la Audiencia Territorial, estamos ante una situación de conflictos entre intereses singulares y las previsiones del planeamiento como concreción autorizada de los intereses generales de la comunidad de vecinos de Pinto, “confrontación que no puede sino resolverse en favor de estos últimos [los vecinos]” (sentencia de 19 de septiembre de 1988 dictada por la Sala 3ª de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid (FJ 10)).

La empresa recurre la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid y éste es contestado por la sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) que en su fundamento jurídico cuarto dispone, respecto a las alegaciones de la empresa, que ésta debía probar la ilegalidad del Plan, por irracionalidad, o arbitrariedad. El plan, concluye el Tribunal Supremo, es ajustado a Derecho y en cada calificación responde a los intereses correspondientes adecuándose al terreno (sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) (FJ 4).

(cvii) La importancia del entorno.

El entorno en que se encuentra la propiedad determina el alcance de la regulación.

-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 conforme a la Constitución y viene determinada por el espacio en el que se ubica la propiedad como ocurría en Penn Central (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 32))²¹².

-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

²¹² El art. 20.1, párrafo 2, LRSV tan sólo se refiere al suelo no urbanizable ordinario –que es aquel establecido en el art. 9.2 LRSV-- y no al suelo no urbanizable de especial protección –aquél en que concurren las circunstancias del art. 9.1 LRSV: valores históricos, paisajísticos, ambientales, etc. Para esta subclase de suelo no urbanizable (común, ordinario o general) admite el art. 20.1, párrafo 2, LRSV ciertos usos constructivos excepcionales: aquéllos que sirven a actuaciones específicas de interés público. La expresa previsión de aquellos usos excepcionales no impide la existencia de otros usos constructivos menores que, por ser conformes "con la naturaleza de los terrenos" integren, de acuerdo con el art. 20.1, párrafo 1, LRSV, y en los términos que determinen las distintas legislaciones autonómicas, las facultades urbanísticas de los propietarios de suelo no urbanizable común. La clasificación del suelo no urbanizable común es (a diferencia del suelo no urbanizable de especial protección) una decisión urbanística no condicionada por la LRSV: Son los órganos urbanísticos, locales o autonómicos, los que determinan qué parte del suelo municipal es urbanizable y qué parte es no urbanizable común. La decisión en un sentido o en otro delimita el derecho de propiedad urbana y condiciona su uso de manera muy distinta (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 32)).

son conformes a la Constitución²¹³ y no vulneran tampoco el principio de igualdad (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 51))²¹⁴.

-Asimismo, el entrono también define y permite 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*.

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.

²¹³ La Disposición adicional cuarta LRSV establece que "En los territorios insulares la legislación urbanística podrá establecer criterios complementarios para clasificar los suelos no urbanizables y urbanizables, teniendo en cuenta que 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". A juicio del Tribunal Constitucional la norma transcrita formalmente contiene una regulación especial para el suelo insular, flexibilizando los criterios generales de clasificación. Con todo, señala el Tribunal Constitucional, la distinción formal entre el suelo peninsular y el suelo insular no puede ser tachada de inconstitucional. A continuación el Tribunal Constitucional realiza una serie de apreciaciones: En primer lugar, subraya que el derecho a la igualdad (art. 14 CE) no se ve conculcado ya que el precepto carece de toda referencia subjetiva; la Disposición adicional cuarta LRSV establece un sistema de clasificación del suelo relevante para las facultades urbanísticas del dominio, pero expresa indiferencia jurídica sobre quiénes (qué personas o qué grupos) sean los titulares de aquellas facultades urbanísticas. En segundo lugar, tampoco la referencia específica al suelo insular excede de la competencia estatal *ex art. 149.1.1 CE* (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 51)).

²¹⁴ "Y es que la competencia sobre "condiciones básicas" del art. 149.1.1 CE no exige al Estado la fijación de estándares jurídicos uniformes incluso allí donde la propia Constitución ha reconocido la existencia de circunstancias diferenciales. Es así que el mandato de atención a las circunstancias del hecho insular, contenido en el art. 138.1 CE, justifica una modulación objetiva de las "condiciones básicas" del derecho de propiedad, cuando éste se ejerce sobre suelo insular" (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 51)).

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 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 (STC170/1989, 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 ablatoria 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).

(cviii) El alcance del derecho patrimonial determina el grado de regulación que pueda imponerse. Por lo tanto, si éste es más “débil” podrá regularse de manera más extensa.

En el test de Penn Central uno de los criterios que se establece, de acuerdo con Tribe, es que la

regulación no llegue a destruir ningún elemento reconocido del cupo de los derechos de propiedad. En España se ha establecido que el alcance de la naturaleza del derecho patrimonial determina el grado de regulación que pueda imponerse. Por lo tanto, si éste es más “débil” podrá regularse de manera más extensa.

Una regulación que establece que en determinados casos, y si el uso tiene carácter provisional, pueden cesarse o demolirse las actividades urbanísticas es constitucional y una delimitación correcta del derecho de propiedad urbana.

El artículo 17 de la LRSV establece una delimitación del derecho de propiedad con una carga para el propietario realmente grave: "En el suelo comprendido en sectores o ámbitos ya delimitados con vistas a su desarrollo inmediato, en tanto no se haya aprobado el correspondiente planeamiento de desarrollo, sólo podrán autorizarse excepcionalmente usos y obras de carácter provisional que no estén expresamente prohibidos por la legislación urbanística o sectorial ni por el planeamiento general, que habrán de cesar, y en todo caso, ser demolidas sin indemnización alguna, cuando lo acordare la Administración urbanística. La autorización, bajo las indicadas condiciones aceptadas por el propietario, se hará constar en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo establecido en la legislación hipotecaria. En el resto del suelo urbanizable podrán autorizarse, antes de su inclusión en sectores o ámbitos para su desarrollo, los usos previstos en el artículo 20 de la presente Ley".

El Tribunal Constitucional vuelve a insistir, como lo hacía en el fundamento jurídico sexto que la LRSV regula la propiedad urbana vinculando su contenido y disfrute a la ordenación urbanística de cada ciudad, por ello está delimitación “tan grave” a nuestro entender, es constitucional. El Tribunal Constitucional precisa que debido a que la propiedad urbana se condiciona a la ordenación urbanística se puede explicar que los usos privados en el suelo urbanizable —entre tanto no se proceda a la transformación conforme al planeamiento urbanístico—deban ser sólo provisionales; de esta forma asegura el art. 17 LRSV que el posible disfrute actual de la propiedad privada sobre suelo urbanizable no impida el cumplimiento de lo dispuesto en la ordenación urbanística de cada ciudad (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 29)). Y en base a lo expuesto sigue y afirma que el grado de provisionalidad o excepcionalidad de los usos u obras sobre suelo urbanizable (en tanto tiene lugar la urbanización) dependa, según dispone el art. 17 LRSV, de lo inminente que resulte la transformación física del suelo: allí donde el suelo urbanizable esté encuadrado en sectores o ámbitos de urbanización (y, por tanto, donde la ejecución del planeamiento urbanístico es inminente) la vinculación de la propiedad urbana al

planeamiento urbanístico demanda mayor provisionalidad en los usos y obras que cuando aún no existen aquellas "condiciones" para el desarrollo del suelo urbanizable (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 29)). La gradación de la provisionalidad y excepcionalidad de los usos y obras en suelo urbanizable enlaza estrechamente, concluye la disposición, con la configuración de la propiedad urbana por la que ha optado el Estado en la LRSV. Y por lo mismo, reiterando el criterio expuesto en el fundamento jurídico 6, subraya que nos hallamos ante un precepto *prima facie* incardinable en la competencia estatal definida por el art. 149.1.1 CE, (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 29)) por lo tanto, a nuestro entender, ante una regulación constitucional del derecho de propiedad urbana.

(cix) La naturaleza de la propiedad determina el contenido esencial de ésta y en función de sus características deberán ponderarse los distintos elementos de la regulación para enjuiciar su constitucionalidad.

Aquí recordamos pues, un par de ejemplos ya expuestos: como que 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))²¹⁵. 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

²¹⁵ FJ 25: "En efecto, también se puede interpretar que el "planeamiento de desarrollo" es, en el art. 15 LRSV, cualquier instrumento de ordenación urbanística que, al precisar los usos del suelo y cohererlos con la estructura general de la ciudad, configuran y hacen posible el disfrute de la propiedad urbana. Cuál sea el instrumento de ordenación urbanística en cada caso necesario vendrá establecido por la legislación urbanística, a la que expresamente se refiere el propio art. 15 LRSV. Así interpretado, el art. 15 LRSV es conforme con el orden constitucional de competencias" (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 25)).

realizar el derecho. En este caso estamos ante un momento histórico en que el medio ambiente es relevante (STC 170/1989, FJ 8 b).

CAPÍTULO QUINTO:

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

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.

1.1. LOS EXCESOS REGULADORES --ÜBERMABVERBOT-- Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN ALEMANIA.

El artículo 14.1.1 LFB incluye la garantía de la propiedad. El propósito fundamental de esta garantía, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal --seguida en sus aspectos más esenciales por las cortes civiles y administrativas-- confiere las bases para la interpretación y aplicación del artículo 14 LFB. El significado fundamental del artículo 14 LFB es que la garantía patrimonial es un derecho fundamental, establecido para asegurar al propietario, un área de libertad

personal en la esfera patrimonial con el fin de permitirle la responsabilización para un desarrollo libre y la organización de su propia vida en el marco amplio de la sociedad y en el contexto legal (Riegel, 1975¹; Leibholz, Rinch y Hesselberger, 1990²; Bryde, 1992³; Badura, 1994⁴; Schmidt-Bleibtreu y Klein, 1995⁵, Kimminich, 1995⁶; Wendt, 1996⁷). Esta explicación, asimismo, del propósito fundamental de la garantía patrimonial del artículo 14 LFB, debe ser vista desde la perspectiva de que la dignidad humana ocupa una posición especial en la lista de derechos fundamentales alemanes e influencia la interpretación y aplicación de literalmente todos los aspectos de la cláusula patrimonial (Van der Walt, 1999: 124)⁸.

No vamos a entrar aquí en el debate de si en Alemania existe una jerarquía entre los distintos derechos ya que, en principio, no creemos que afecte la interpretación del derecho de propiedad alemán. Recordamos, que desde el punto de vista interpretativo, algunos (Leisner, 1989: 1025⁹; Papier, 1990¹⁰; Badura, 1994: 361¹¹; Kimminich, 1995: 18-22¹²; y Finer, Bogdanor & Urden, 1996: 38¹³)¹⁴ han

¹ R. Riegel, *Das Eigentum im europäischen Recht* (Berlín: Duncker & Humblot, 1975).

² G. Leibholz, H-J. Rinch y D. Hesselberger, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* 7ª ed. (Cologne: Verlag Dr Otto Schmidt, 1990).

³ B-O. Bryde, "Art. 14 (Eigentum und Erbrecht)", en P. Kunig (ed.), *Grundgesetz-Kommentar* 4ª ed. (Munich: CH Beck, 1992) 821-904.

⁴ 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).

⁵ B. Schmidt-Bleibtreu y F. Klein, *Kommentar zum Grundgesetz* 8ª ed. (Luchterhand, 1995).

⁶ O. Kimminich, "Art. 14", en R. Dolzer (ed.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Heidelberg: CF Müller Verlag, 1995).

⁷ R. Wendt, "Art. 14 (Eigentum, Erbrecht und Enteignung)" en M. Sachs (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (Munich: CH Beck, 1996) 482-582.

⁸ A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

⁹ W. Leisner, "Eigentum", en J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts* (Heidelberg: CF Müller Juristischer Verlag, 1989) 1023-1098.

¹⁰ H-J Papier, "Art. 14", en T. Maunz, G. Dürig et al (eds), *Grundgesetz Kommentar* (Munich : CH Beck, 1990).

¹¹ 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).

¹² O. Kimminich, "Art. 14", en R. Dolzer (ed.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Heidelberg: CF Müller Verlag, 1995).

defendido que los derechos fundamentales están clasificados de acuerdo con su importancia, ubicando la libertad y dignidad humana en la cúspide de éstos, con el resultado de que la garantía de la propiedad es una garantía para la protección de la libertad personal y no para la protección de la propiedad en sí misma (BVerfGE 24, 367 (Caso *Deichordnung*) 1968, 400).

La garantía de la libertad personal en la esfera patrimonial, para muchos autores, forma la base para una garantía secundaria de los derechos que lleva a que todos los derechos e intereses patrimoniales (*vermögenswerte positionen*) sean reconocidos y protegidos en términos, entre otros, de la garantía de la propiedad. Una interpretación distinta es aquella que defiende que, mientras que el derecho a la dignidad humana disfruta de una prioridad frente a otros derechos en la *bill of rights* alemana, ello no significa que los derechos fundamentales estén clasificados en términos de una jerarquía general (Stern, 1994: 561¹⁵ y Van der Walt, 1999: 125). Stern afirma que el Tribunal constitucional Federal nunca ha establecido o apoyado una jerarquía entre los derechos, pero que de hecho ha desarrollado un método propio para decidir los casos cuando distintos derechos fundamentales entran en conflicto (1994: 561-827)¹⁶.

Incluso ante la ausencia de tal jerarquía, la prioridad que el derecho a la dignidad humana disfruta frente a otros derechos fundamentales todavía implica, tal y como se ha señalado en los casos sobre propiedad, que la protección de los derechos patrimoniales del art. 14 LFB tiene que ser analizado desde la perspectiva de la protección de la dignidad humana, con el resultado que la garantía de la propiedad no puede ser absoluta y tiene que ser juzgada con referencia a las consideraciones sociales implícitas en el propósito fundamental de la garantía (Van der Walt, 1999: 125). Ambos enfoques ubican a la propiedad en un contexto de valor, donde cada aspecto de la cláusula de la propiedad se explica y aplica con referencia a los principios implícitos por este propósito fundamental: afecta la interpretación de la garantía – de si una alegación disfruta de la protección del artículo 14--; a la

¹³ S.E. Finer, V. Bogdanor & B. Rudden, *Comparing constitutions* (Oxford: Clarendon Press, 1996).

¹⁴ Comparen lo defendido por estos autores con otros trabajos que analizan la posible existencia de un ranking entre los distintos derechos fundamentales en la teoría alemana como L. Blaauw-Wolf y J. Wolf, "A Comparison between German and South African limitation provisions", *South African Law Journal (SLAJ)* 113 (1996) 267-296.

¹⁵ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (München: CH Bech, 1994).

¹⁶ Véase también: I. Richter y G.F. Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht* 3ª ed. (München: CH Beck, 1996) 56-ss.

cláusula de la regulación de la propiedad – de si una regulación está justificada--; la cláusula expropiatoria y la indemnizatoria --de si la expropiación está justificada y si la compensación es justa y equiparadora--; y al mismo concepto de propiedad – si un específico interés patrimonial está protegido (Riegel, 1975: 20¹⁷; Leisner, 1989: 1032; Papier, 1990:1; Badura, 1994: 341; y Kimminich, 1995: 31).

A raíz de este enfoque basado en criterios valorativos, existe un nivel remarcable de consistencia en las decisiones sobre la cláusula de la propiedad. Consiguientemente, los casos sobre aspectos menores o técnicos tienden a resultados no impredecibles, a pesar de que se analicen ad hoc. Normalmente, existe una tendencia a basarse en la cuestión central, de si una específica limitación de la propiedad está justificada o legitimada en base a los principios y valores constitucionales (Van der Walt, 1999: 125). En base a lo expuesto, Leisner afirma que la cláusula de la propiedad, en Alemania, garantiza un derecho público (objetivo) y no un derecho privado (objetivo) (1989: 1025 [4])¹⁸. Por lo tanto, la propiedad que queda protegida y la protección en si misma tiene que ser diferenciada de la propiedad defendida en la práctica del derecho privado – para los propósitos del artículo 14, la propiedad es un derecho específicamente constitucional. La propiedad del derecho privado está controlada por una serie de estatutos en los que el Código Civil alemán – *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB-- es el centro (Zimmerman, 1996)¹⁹. Lógicamente, a pesar de que los estatutos sobre propiedad del derecho privado son distintos de la protección ofrecida en el artículo 14 LFB, éstos deben cumplir con los requerimientos de dicho artículo.

El artículo 14 LFB se traduce como un derecho a tomar responsabilidad de los propios asuntos en la esfera patrimonial. La garantía de la propiedad no se contempla como un fin en si misma, sino como una forma de seguridad que permite a los individuos tomar parte en la formación y desarrollo del orden social, legal y económico (BVerfGE, 50 290 (caso *Mitbestimmung* (1979) 344). En este sentido la garantía patrimonial se entiende como parte de un sistema económico descentralizado, basado en la economía de mercado y la competitividad (Wendt, 1996: 486). Asimismo, ello provee el punto de

¹⁷ R. Riegel, *Das Eigentum im europäischen Recht* (Berlín: Duncker & Humblot, 1975).

¹⁸ Véase también Badura (1994: 333 [9]).

¹⁹ R. Zimmermann, "Chapter 1: An introduction to German legal culture (with special reference to private law)", en W.F. Ebke y M.W. Finkin (eds.), *Introduction to German law* (The Hague: Kluwer Law International, 1996) 1-41.

partida para explicar las limitaciones basadas en la función social (Leisner, 1989: 1039). El equilibrio entre aspectos sociales e individuales de la propiedad significa que el derecho de propiedad no tiene por fin ni puede convertirse en la fosilización de los derechos existentes (Badura, 1994: 334).

Por el contrario, el derecho de propiedad permite, pero a la vez restringe la regulación de la propiedad por el legislador, que impone requerimientos delimitando los derechos patrimoniales existentes. En esencia, la regulación del derecho de propiedad debe buscar un balance equiparador entre la protección de los intereses patrimoniales y la protección de los intereses públicos (Kleyn, 1996: 402-408)²⁰. La delimitación de los derechos patrimoniales que se asume a través de la regulación o de la expropiación debe ser entendido en relación al propósito fundamental de la garantía de la propiedad y de la distinción entre la garantía institucional y la individual. De acuerdo con esta teoría (Currie, 1994: 291²¹; y Wendt, 1996: 498²²), la garantía institucional protege el sistema patrimonial de los excesos regulatorios (*Uberma verbot*) restringiendo al legislador a la hora de determinar el contenido de la propiedad en los términos del artículo 14.1.2 LFB, mientras que la garantía individual protege la propiedad privada frente a excesos regulatorios limitando al legislador en su determinación de los límites de la propiedad en los términos del artículo 14.1.2 LFB (Blaauw-Wolf y Wolf, 1996: 267-283)²³. Una ofensa contra la garantía institucional debe asumir la forma de una ley que tiene por fin remover la entera categoría de propiedad, como aguas o minas, de la esfera de los derechos patrimoniales sin una justificación constitucional aceptable, mientras que una condena contra una garantía individual asumiría la forma de una regulación que interfiere en exceso con la propiedad individual, como el derecho al agua o el derecho a explotar minas (Van der Walt, 1999: 129-132).

²⁰ D.G. Kleyn, "The constitutional protection of property: A comparison between the German and the South African approach", *South African Public Law (SAPL)* 11 (1996) 402-445.

²¹ D.P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago, US/ Londres: University Chicago Press, 1994).

²² R. Wendt, "Art. 14 (Eigentum, Erbrecht und Enteignung)" en M. Sachs (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (Munich: CH Beck, 1996) 482-582.

²³ L. Blaauw-Wolf y J. Wolf, "A Comparison between German and South African limitation provisions", *South African Law Journal (SLAJ)* 113 (1996) 267-296.

El derecho de propiedad, aunque reconocido de forma positiva por la Constitución, no es un derecho absoluto, puede ser restringido a través de una regulación (Leisner, 1989: 1075; Leibholz, Rinck y Hesselberger, 1990: 45; Papier, 1990: 249-283; Bryde, 1992: 854; Currie, 1994: 294; Badura, 1994: 359; Schmidt-Bleibtreu y Klein, 1995: 378, Kimminich, 1995: 113; y Wendt, 1996: 497). La regulación de la propiedad consiste en provisiones estatutarias que determinan la sustancia o el contenido y los límites de los derechos de propiedad en el marco establecido por el art. 14 LFB. En este sentido es necesario distinguir entre la determinación del contenido (*Inhalt*) y la determinación de los límites (*Schranken*) de los derechos de propiedad. El mandato de establecer un régimen de propiedad equiparador funciona en dos direcciones que relacionan el contenido y los límites de la propiedad respectivamente²⁴.

En la determinación del contenido de la propiedad --respecto la preservación de derechos existentes, instituciones tradicionales de propiedad y el establecimiento de nuevas instituciones patrimoniales y su procedimiento-- el legislador queda restringido por la garantía institucional de la propiedad. La garantía institucional patrimonial en el art. 14.1.1 LFB significa que el contenido de la propiedad debe ser determinado, en los términos del art. 14.1.2 LFB, a través del establecimiento de nuevas instituciones de propiedad (*Funktionsbezogene Garantiegehalt*), cuando sea necesario, preservando instituciones patrimoniales ya existentes (*traditionsbezogene Garantiegehalt*).

En la determinación de los límites de la propiedad el legislador debe tener en cuenta el derecho de propiedad individual, lo que significa que, de acuerdo con el art. 14.1.2 LFB, cuando se impongan límites deberá respetarse y preservarse los derechos existentes, concretos e individuales de propiedad. Las restricciones que puedan imponerse al propietario por el legislador deben tener en cuenta el principio de proporcionalidad que requiere un balance equitativo entre los intereses individuales y los intereses de la sociedad. La mayoría de casos que tratan sobre la regulación de la propiedad, afectan a este segundo aspecto, justificando los límites que se impongan al propietario. El art. 14.1.2 LFB debe ser interpretado junto al art. 14.2 LFB. Juntos, establecen el principio de que la garantía de propiedad constitucional no es absoluta sino que queda limitado por la función social (*Sozialbindung*) (Wendt,

²⁴ Para una descripción de la distinción entre el contenido y los límites de la propiedad, y sus normas, vean Wendt (1996: 497) y Kommers (1997: 254) (D.P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 2ª ed. (Durham/ London: Duke University Press, 1997)).

1996: 501; Riegel, 1975: 36; Leisner, 1989: 1075; Papier, 1990: 249; Badura, 359; y Kimminich, 1995: 151).

Los límites de la función social derivan de la garantía constitucional de la propiedad, que está caracterizada en términos de que debe haber un balance equiparador que tiene que estar establecido por el legislador y mantenido por la administración y el poder judicial, entre los intereses de propiedad individuales y los intereses públicos o sociales en el uso de la propiedad. Este balance tiene que estar establecido y mantenido en base al principio de proporcionalidad. En cuanto a la propiedad, el principio de proporcionalidad debe entenderse como --cuando se impongan límites a la propiedad-- una prohibición contra los excesos reguladores (*Übema verbot*). En este sentido, se ha afirmado a menudo (Wendt, 1996: 500 y Van der Walt, 1999: 133) que el interés público no es sólo el punto de partida, sino también el límite para poder imponer restricciones a la propiedad excesivas²⁵.

El legislador tiene que establecer y mantener un balance equiparador entre la propiedad individual y los intereses públicos, de manera que ninguna medida regulatoria vaya demasiado lejos y destruya tal equilibrio invalidando la norma. El principio de proporcionalidad, en el derecho de propiedad, implica la prohibición de una regulación excesiva y asegura que la regulación empieza y también acaba teniendo en cuenta el interés público, y que respeta y protege a ambos, el interés público y el particular de igual manera (BVerfGE, 25, 112 (1969) 117; BVerfGE 50, 290 (caso *Mitbestimmung*) (1979) 340; y BVerfGE 52, 1 (caso *Kleingarten*) (1979) 29)²⁶.

Como es sabido, la Corte Constitucional Federal, basa el principio de proporcionalidad, en cuanto a la prohibición de las regulaciones excesivas, en tres requerimientos. La regulación, para ser válida de acuerdo con el interés público y la Constitución tiene que ser: (a) estrictamente necesaria (*erforderlich*); (b) idónea respecto el propósito que sirve (*geeignet*); y (c) no puede imponer límites desproporcionados en relación a los beneficios que se espera conseguir (*unverhältnismäßig*, o también *unzumutbar*) (Wendt,

²⁵ Vid.: BVerfGE 25, 112 (1969) 117; BVerfGE 50, 290 (caso *Mitbestimmung*) (1979) 340; y BVerfGE 52, 1 (caso *Kleingarten*) (1979) 29.

²⁶ Vid.: Leisner (1989: 1079); Papier (1990: 258); Bryde (1992: 860); Badura (1994: 361); Wendt (1996: 501); y Van der Walt (1999: 135).

1996: 501-503; y Currie, 1994: 309-310)²⁷. Además, una regulación debe ser constitucional “en general”; es decir, una regulación no puede estar en conflicto con otros principios constitucionales como el de igualdad o el de la protección de las situaciones basadas en la confianza (Wendt, 1996: 501-503).

El efecto práctico de la prohibición de regulaciones excesivas, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, queda ilustrada por la gradación de las limitaciones sociales sobre la propiedad conforme la relación del propietario y su función social (*Abstufung der Sozialpflichtigkeit*): Así, cuanto más cerca esté un derecho de propiedad de procurar libertad personal a su poseedor, más estrechas serán las restricciones impuestas al legislador en cuanto a las interferencias que pretenda afligir al derecho; y, consiguientemente, cuanto más lejos esté el derecho de propiedad de la esfera de la libertad personal de su propietario, más fácil va a ser para el legislador regular los límites de ese derecho (Papier, 1990: 253 y Wendt, 1996: 508). El resultado es que, para citar un ejemplo obvio, los derechos de propiedad en relación al hogar de una persona quedan más estrictamente protegidos contra restricciones regulatorias que aquellas impuestas a la propiedad que se adquiere tan sólo con el fin de invertir. Nos referimos al caso *Besitzrecht des Mieters* (BVerfGE 89, 1 (1993)) en el que el Tribunal Constitucional Federal establece que el derecho subjetivo de un arrendatario debe protegerse con más intensidad que el derecho a invertir del arrendador²⁸.

En suma, en Alemania, ciertas propiedades, caracterizadas por el hecho de que en su seno existe un interés social mayor, cuando se regulen pueden quedar más extensamente restringidas que otras. Por ejemplo, el derecho de propiedad sobre el suelo, al ser un recurso indispensable y limitado de una importancia social vital, es contemplado como una categoría de propiedad que queda sujeta a un control regulador, en base a la función social, mucho más estricto²⁹ (Rittstieg, 1989: 1085; Leisner, 1989: 1039; Badura, 1994: 373; Wendt, 1996: 509; y Van der Walt, 1999: 136). Otro ejemplo

²⁷ Comparen estos escritos con los de Leisner (1989: 1079) y Badura (1994: 359).

²⁸ También está el caso *Mitbestimmung* (BVerfGE 50, 290 (1979)) en el que priman los derechos de los empleados a participar en el *management* de un negocio frente a los derechos a invertir de los accionistas no trabajadores. Vean asimismo los casos *Kleingarten* (BVerfGE 52, 1 (1979); y BVerfGE 87, 114 (1992)) sobre los derechos patrimoniales de arrendadores y arrendatarios de parcelas ajardinadas y los comentarios a éstos realizados por Wendt (1996: 509).

²⁹ Vid.: BVerfGE 21, 73 (caso *Grundstücksverkehrsgesetz*) (1967).

relacionado también con el suelo³⁰ es el caso de la propiedad inmobiliaria³¹. En estos casos, la Tribunal Constitucional Federal confirmó la validez constitucional y la legitimidad de normas reguladoras y prácticas estrictas en relación con el control de la renta y la protección de los inquilinos. El propósito de tales regulaciones, tal y como se ha apuntado repetidamente, es, como ocurre en España, proteger el hogar familiar de los inquilinos que se considera además de una importancia social enorme³². Así, se justifican interferencias extremas en el derecho de propiedad de los arrendadores, como en España, que sólo se superan si el arrendador, el recurrente, prueba que necesita la propiedad para asegurar o promover su propia libertad personal vinculada a la garantía de la propiedad (Wendt, 1996: 507-508; Badura, 1994: 373; Kimminich, 1995: 242 y Van der Walt, 1999: 132-155)³³.

La función social (*Abstufung der Sozialpflichtigkeit*) determina y configura la regulación de la propiedad. Ejemplo de ello es el caso *Wohnraumkündigungsschutzgesetz* (BVerfGE 37, 132 (1974))³⁴ en el que el Tribunal Constitucional Federal revisa la validez de una ley federal de 1971³⁵, que fue introducida por un periodo limitado con el fin de proteger a los inquilinos de una propiedad residencial

³⁰ En relación a la regulación de la propiedad del suelo vean Papier (1990); Badura (1994); Kimminich (1995); y Schulte (1984).

³¹ BVerfGE 37, 132 (caso *Wohnraumkündigungsschutzgesetz*) (1974); BVerfGE 79, 292 (caso *Eigenbedarfskündigung*) (1989); BVerfGE 89, 1 (caso *Besitzrecht des Mieters*) (1993); BVerfGE 38, 348 (caso *Zweckentfremdung von Wohnraum*) (1975); BVerfGE 53, 352 (1980); BVerfGE 68, 361 (caso *Wohnraumkündigungsgesetz*) (1985); BVerfGE 89, 237 (caso *Eigenbedarfskündigung*) (1993); y BVerfGE 91, 294 (caso *Fortgeltung der Mietpreisbindung*) (1994).

³² A la misma conclusión se llega en Estados Unidos en el caso, sobre control de rentas, *Yee v. Escondido*, 503 US 519 (1992).

³³ Estos autores describen otros ejemplos en relación a la propiedad agrícola, la planificación de la tierra, el desarrollo y las leyes urbanísticas que aquí, debido a su extensión, no vamos a repetir.

³⁴ Kommers denomina a esta decisión como el caso del control de la renta. En decisiones posteriores el Tribunal Constitucional Federal sigue con su intención de encontrar el punto de equilibrio entre los intereses del arrendador y los intereses generales de acceso a la vivienda. Nos referimos a casos como los siguientes: BVerfGE 79, 292 (caso *Eigenbedarfskündigung*) (1989); BVerfGE 89, 1 (caso *Besitzrecht des Mieters*) (1993); BVerfGE 38, 348 (caso *Zweckentfremdung von Wohnraum*) (1975); BVerfGE 68, 361 (caso *Wohnraumkündigungsgesetz*) (1985); BVerfGE 89, 237 (caso *Eigenbedarfskündigung*) (1993); y BVerfGE 91, 294 (caso *Fortgeltung der Mietpreisbindung*) (1994) y a también a los casos *Kleingarten* (BVerfGE.52, 1 (1979); y BVerfGE 87, 114 (1992)). Fue sobre todo en estos dos casos en los que el Tribunal se empleó más, y una y otra vez, en encontrar tal balance equiparador. Estos casos asimismo deben compararse con otros en los que se analiza otro tipo de propiedad (como la financiera) (i.e. BVerfGE 50, 290 (caso *Mitbestimmung*) (1979)) y en los que se determina que los intereses de los accionistas deben modularse de acuerdo con los intereses de los trabajadores de tales compañías y viceversa, debe encontrarse un equilibrio.

³⁵ Nos referimos a la ley: *Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum* [*Wohnraumkündigungsschutzgesetz, WWSchG*] 25/11/1971 BGBl I p 1839.

en vistas de una escasez de viviendas. Esta ley excluyó a el derecho del arrendatario a aumentar la renta y a finalizar el contrato de arrendamiento --La ley exactamente prohibía expresamente cancelar el contrato de arrendamiento con el fin de conseguir un contrato con un precio más alto. Por otro lado, si el inquilino daba permiso sí podía aumentar la renta hasta el nivel de lo que eran los precios para la zona y propiedades similares en igual situación. Sin embargo, si el inquilino no daba permiso para el aumento, el propietario podía acudir a los tribunales para conseguir un permiso para el aumento de la renta. La Ley en este caso exigió a que el arrendador diera al arrendatario información en referencia a su petición y rentas comparables. Esta información debía ir por escrito. Las cortes ordinarias interpretaron la ley de manera estricta³⁶.

El Tribunal Constitucional Federal para analizar la ley parte de los siguientes razonamientos: (i) La Corte primero examina la limitación que se le impone al arrendador en cuanto al aumento de la renta o para cesar el contrato de arrendamiento y establece que se trata de una regulación que determina el contenido y los límites de la propiedad de acuerdo con el art. 14.1.2 LFB. (ii) En segundo término, la Corte estudia el poder de legislador para determinar el contenido y límites de la propiedad que en este sentido está limitado, primero por el deber de garantizar la propiedad en los términos del art. 14.1.1 LFB, y en segundo lugar, porque el legislador tiene el deber de mantener las leyes reguladoras de acuerdo con otros principios constitucionales. (iii) A la hora de determinar el contenido y límites de la propiedad en los términos del art. 14.1.2 LFB, escribe la Corte, el legislador tiene que equilibrar, hacer un balance, entre el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad del art. 14.1.1 y el deber de realizar los deberes sociales de los derechos patrimoniales en los términos del art. 14.2 LFB.

(iv) En el contexto de las leyes escritas para proteger a los arrendatarios ello significará que el legislador tiene que tener en cuenta a ambos, a los arrendadores / propietarios y a los arrendatarios de forma igualitaria, con atención al contexto y al tiempo. (v) En principio, una ley que restrinja el derecho de propiedad del arrendador, prohibiéndole que aumente la renta, no está en conflicto con los principios antes mencionados, especialmente si estamos ante una escasez de viviendas y si se tiene en cuenta la importancia que tiene la vivienda familiar para el inquilino, y siempre y cuando no constituya

³⁶ Las cortes ordinarias fueron especialmente exigentes respecto a la información que debía darse por escrito a los inquilinos.

una carga injusta y desequilibrada para el arrendador. Este último punto además fue confirmado en el caso *Wohnraumkündigungsgesetz* (BVerfGE 68, 361 (1985)), y aplicado de manera consistente en relación a la prohibición de usos no residenciales de la propiedad urbana – con el fin de proteger a los inquilinos y prevenir la escalada de precios de los alquileres ante una escasez de viviendas³⁷—y con el fin de justificar la constitucionalidad de la continuidad de un control de la renta en la nueva Alemania tras la reunificación en 1990³⁸.

Teniendo en cuenta estas consideraciones el Tribunal Constitucional Federal manifiesta, respecto a la Ley sobre control de las rentas de 1971, que: Las provisiones de la ley satisfacen los requerimientos de un equilibrio justo (un balance equilibrado) y de proporcionalidad al proteger los intereses de los arrendatarios en su hogar familiar y al crear también la oportunidad para el propietario de aumentar de manera adecuada los alquileres cuando fuera necesario. Sin embargo, la interpretación estricta y la aplicación por los tribunales ordinarios del requisito de informar –que exigía a los arrendadores dar información a los inquilinos, por escrito, sobre otros arrendamientos– se considera innecesaria. A juicio del Tribunal Constitucional esta delimitación de la propiedad es excesiva e impone un deber demasiado pesado al arrendador. En consecuencia, la Ley de 1971 se considera válida, pero las interpretaciones estrictas de las cortes inferiores no, ya que se considera que están en conflicto con la garantía constitucional de la propiedad (Van der Walt, 1999: 136-139).

Este caso ilustra, como los otros descritos aquí, la manera en que el Tribunal Constitucional Federal interpreta y aplica la cláusula de la propiedad en relación a la relativa “distancia” e importancia de un específico interés patrimonial, en este caso el hogar familiar, para la libertad personal de la persona afectada. La manera en que la “distancia” de este interés patrimonial de la persona afectada determina el resultado de la decisión está también ilustrado en otro caso sobre protección de las rentas. Nos referimos al caso *Besitzrecht des Mieters* (BVerfGE 89, 1 (1993)) en el que el Tribunal constitucional tiene que decidir si un arrendatario tiene un derecho de propiedad separado en la propiedad inmobiliaria y hasta donde puede llegar la protección de este interés patrimonial frente al interés del propietario. El recurso se basa en que el arrendatario disfrutaba de un apartamento de

³⁷ BVerfGE 38, 348 (caso *Zweckentfremdung von Wohnraum*) (1975)

³⁸ BVerfGE 91, 294 (caso *Fortgeltung der Mietpreisbindung*) (1994).

propiedad del recurrido. La propietaria quería acabar con el contrato en base a que ella necesitaba el apartamento para su propio uso. La propietaria vivía en un apartamento en la misma casa justo un piso por debajo y su propio hijo en un piso en un edificio de al lado, que también pertenecía a ella. La propietaria, en malas condiciones de salud, quería que su hijo usara el piso, ahora ocupado por el recurrente, de manera que estuvieran más cerca y pudiera ayudarla.

La primera cuestión interesante que se plantea en la decisión es ver si el arrendatario podía basar su reclamación en el art. 14 LFB. Es decir, en si un arrendatario disfruta de un derecho de propiedad sobre su alquiler que tenga que ser protegido por el art. 14 LFB. El Tribunal Constitucional Federal precisa que el arrendatario no puede basar sus reclamaciones en el art. 14.2 LFB, el cual, a pesar de que habilita y exige al legislador que delimite la propiedad, ello no otorga al inquilino un derecho subjetivo. Sin embargo, la Corte decide que el arrendatario tiene un derecho de propiedad protegido por el art. 14.1 LFB. Los argumentos que sostienen esta decisión son: (i) la característica fundamental de la propiedad en términos de la garantía patrimonial es que ésta proporciona a su titular con un área de seguridad para el ejercicio de la libertad en la esfera patrimonial, donde éste puede tomar responsabilidad para el desarrollo y control de su propia vida. (ii) El hogar familiar es tan importante en este sentido que puede ser descrito como el núcleo de la existencia humana. (iii) En este sentido, los derechos del arrendatario cumplen con la función que la propiedad tangible tiene para otros. (iv) Este derecho está protegido y regulado por la ley de manera que se preserve el uso privado y la disposición del arrendatario de la misma forma que la propiedad tangible sirve a otros. (v) Parte de la regulación legal de este derecho debe ir orientada a la seguridad y a la protección que el arrendatario obtiene de las leyes de control de alquileres, y a que la protección puede ser ejercida frente a todos, incluido el arrendador. (vi) El hecho que el derecho del arrendatario de disponer sea restringido no significa que no esté protegido, y más si tenemos en cuenta que muchos derechos patrimoniales similares están también restringidos. (vii) A pesar de que la protección de los derechos del arrendatario puedan cesarse cuando interfiera una cancelación legal del contrato, sus derechos todavía quedan protegidos por el art. 14 LFB hasta que la cancelación del contrato realmente entre en acción.

La segunda cuestión que se trata en el caso es hasta que punto las necesidades del arrendador son importantes y cuál es el peso que pueden tener en la decisión de cesar el arrendamiento. El Tribunal concluye que el arrendatario tiene una protección del derecho de propiedad que está, en este supuesto, al mismo nivel que el del arrendador. Ello significa, de acuerdo con la propiedad constitucional, que el legislador tiene el deber de reglar las dos posiciones legales y la relación entre éstas de acuerdo con el

principio de proporcionalidad. El legislador tiene el deber, en el caso de las leyes de control de alquileres, de establecer y mantener un equilibrio equiparador (un *equitable balance*) entre ambos derechos. Así, el Tribunal no protege al arrendatario frente al arrendador en una relación horizontal: la protección de la garantía patrimonial exige medidas legislativas que no ignoren este equilibrio o que desproporcionadamente restrinjan la posición del arrendatario frente al arrendador, y que, por lo tanto, quede verticalmente regulado, lo cual se consideraría a contrario al principio de proporcionalidad. El Tribunal, por lo tanto, decide que, teniendo en cuenta la existencia de leyes que controlan los arrendamientos urbanos, el mero deseo del arrendador de usar la propiedad para sus propios intereses es suficientemente fuerte como para justificar la cancelación del arrendamiento si el propósito de la cancelación es razonable y adecuado. La relativa “distancia” entre la propiedad del arrendatario y las esferas de la libertad individual del propietario y el arrendatario respectivamente es, por lo tanto, de suma importancia a la hora de decidir si la ley de control de alquileres y su aplicación es proporcionada o no (Van der Walt, 1999: 139; y Kommers, 1997: 255).

En el caso *Mitbestimmung* (BVerfGE 50, 290 (1979)) el Tribunal revisa la legitimidad de una ley federal que determina la participación de los empleados en el proceso de decisión de las empresas de un volumen considerable en las que trabajen. Los recurrentes son una serie de compañías públicas, y unas cuantas compañías privadas limitadas, cada una de las cuales da trabajo a más de 2000 personas, y un número importante de organizaciones empresariales, así como todos los que reclaman que sus derechos de propiedad se han infringido con la ley. La Corte dispone que la Ley de 1976 no vulnera la garantía patrimonial del art. 14 LFB. El Tribunal Constitucional Federal, aparte de repetir lo expuesto hasta aquí, dispone, también reiterando lo anterior, que a la hora de determinar el contenido y los límites de la propiedad, el legislador debe encontrar el punto de partida y sus límites en el interés de la comunidad, y en que la garantía substantiva de la propiedad del art. 14.1.1. LFB, el deber de regular en los términos del art. 14.1.2 y la responsabilidad social y la limitación de la propiedad en los términos del art. 14.2, formando ambos apartados una unidad fundamental, que tiene que ser mantenida en equilibrio.

Conjuntamente, estos principios resultan de la concreta distinción que establece el Tribunal de que, mientras que la función de la propiedad de asegurar la libertad personal del individuo, la propiedad disfruta de una fuerte protección – este principio explica porque las restricciones del derecho fundamental de disponer de la propiedad es juzgado de manera estricta, y porque el elemento del propio esfuerzo es tan importante a la hora de determinar la protección constitucional. Sin embargo, cuanto

más fuerte sea la relación social y la función de la propiedad, más peso y más amplios son los poderes de regular por el legislador cuando determine el contenido y los límites de tal propiedad – este principio está basado en el hecho de que el uso de la propiedad con una relación social fuerte afecta no sólo al propietario pero también a otras personas, a sus vidas y a sus intereses. Es más, el poder de regular tiene que ser ejercitado de acuerdo con la sustancia del derechos, lo que significa que todas las regulaciones que delimiten el derecho y las limitaciones en el uso de la propiedad tienen que ser proporcionadas. Las medidas regulatorias tienen que estar justificadas y ser idóneas ante unas circunstancias y no pueden ir más lejos o no pueden imponer más cargas de las que sean estrictamente necesarias o estén justificadas por el fin por el cual fueron impuestas (principio de proporcionalidad).

La garantía de la propiedad del art. 14 incluye los intereses y derechos de los propietarios y de los accionistas en los negocios, pero el Tribunal sostiene que las provisiones legales que permiten la participación de los empleados en las decisiones de la empresa, en el management, son determinaciones reguladoras del contenido y del límite de estos derechos y no regulaciones excesivas (y que por lo tanto tampoco podrían calificarse de expropiaciones – de regulaciones excesivas de la propiedad). A la hora de juzgar la legitimidad y justificación de estas provisiones reguladoras, la naturaleza y la función social de este tipo de propiedad “de inversión”, o “no personal”, debe tenerse en cuenta: que tenga una clara limitación directa en la carga de la previsión o seguridad de la libertad individual del accionista, y que igualmente tenga claramente una función social importante de manera que el uso y la explotación de este tipo de propiedad afecta la vida de muchas otras personas, como los empleados de la compañías. Por lo tanto, en base a los principios ya expuestos, el alcance de las limitaciones que se impongan con la regulación de este tipo de propiedad pueden ser amplias, a pesar de que el contenido esencial de la propiedad no puede ser destruido del todo. En base al principio de proporcionalidad, la regulación, en este caso, se consideró legítima y justificada. Para llegar a esta conclusión el Tribunal investigó en detalle la función social y los efectos de la propiedad financiera.

Otro problema que se presenta es el efecto que produce una regulación de la propiedad que no cumple con los requerimientos descritos antes (cuando la regulación no parte de una ley adecuada, que las limitaciones no sean estrictamente necesarias, que no sean idóneas y que además impongan una carga desproporcionada, que choque con el principio de igualdad). En general, una regulación que no

satisfaga estos requerimientos es inconstitucional e inválida³⁹. En suma, es inconstitucional la regulación que parte de una ley que persigue un fin inconstitucional, y las regulaciones que aunque aparentemente sean legítimas, autorizadas por una ley, imponen una carga desproporcionada y excesiva en la propiedad de manera que la regulación alcanza (alcanzaría) la forma de la expropiación (sería un *regulatory taking* si estuviéramos en Estados Unidos, pero no en Alemania, en Alemania sería sencillamente inconstitucional)⁴⁰.

Nos referimos a aquellos casos en que la acción reguladora es legítima pero sus efectos “colaterales” no, ya que se entienden excesivos para el propietario. Los tribunales civiles han adoptado en ocasiones la teoría del sacrificio excesivo, cuando una regulación va más allá de lo constitucionalmente permitido, a pesar de que no se denomine exactamente expropiación⁴¹. En estos casos los tribunales civiles ordinarios han acudido a la figura del infringimiento expropiatorio (Papier,

³⁹ La ley debe determinar con claridad si la intervención que ésta autoriza sobre la propiedad constituye una expropiación a efectos constitucionales o no 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 y Van der Walt, 1999: 150).

⁴⁰ 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 de 27.6.1957, BVerwGE 5, 143). Este Tribunal convence así a la mayoría de la doctrina alemana (i.e.: Leisner, 1972: 151⁴⁰ y Kimminich, 1995: 164⁴⁰) y en gran medida al Tribunal Civil Federal que acaba introduciendo aspectos materiales en su apreciación ya a finales de los setenta (Schulte, 1979: 11⁴⁰, Ramsauer, 1980: 60⁴⁰ y Kimminich, 1995: 164-165). (W. Leisner, *Sozialbindung des Eigentums* (Berlín/ Munich: , 1972). Vean 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; O. Kimminich, “Art. 14”, en R. Dolzer (ed.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Heidelberg: CF Müller Verlag, 1995); H. Schulte, *Zur Dogmatik des Art. 14 LF* (Heidelberg: CF Müller Verlag, 1979). Vean también: H. Schulte, “Freiheit und Bindung des Eigentums in Bodenrecht”, *Juristen-Zeitung (JZ)* 39 (1984) 297-304 y U. Ramsauer, *Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums* (Berlín, 1980)).

⁴¹ Los tribunales civiles entienden que cuando un sacrificio excesivo es el resultado secundario de una regulación que de otro modo sería legítima, aunque excesiva, este infringimiento es definido como un infringimiento expropiatorio (*enteignender Eingriff*); en cambio si es causado por una acción ilegal, no autorizada se define como una expropiación equivalente a un infringimiento (*enteignungsgleicher Eingriff*). Los tribunales civiles en varios casos –BGHZ 6, 270 (1952); BGHZ 64, 220 (1975); BGHZ 54, 384 (1970); BGHZ 57, 359 (1971)—hæseguido esta doctrina que más adelante es del todo rechazada por el Tribunal Constitucional Federal.

1990: 597; Badura, 1994: 370; y Wendt, 1996: 521-524)⁴². No nos vamos a extender aquí ya que el Tribunal Constitucional Federal ha mantenido, en muchas ocasiones, que este tipo de declaraciones son inconstitucionales⁴³. En 1981, en el caso *Naßauskiesung* (BVerfGE 58, 300, (1981)), el Tribunal Constitucional Federal, con el que coincidimos, rechaza esta doctrina de las cortes civiles federales, precisando que, de acuerdo con el art. 14 LFB, la indemnización expropiatoria sólo puede aplicarse en los casos en que realmente se dé una expropiación, una expropiación formal, que satisfaga los requerimientos del art. 14.3 LFB. Cualquier ley reguladora, acción o decisión que no satisfaga los requisitos de los artículos 14.1 o 14.2 LFB es inconstitucional e inválida y no puede ser transformada en una expropiación simplemente porque requiera un sacrificio extraordinario y no equiparador a la propietaria. Ello es debido a que los requisitos estrictos y claros del art. 14.3 LFB deben aplicarse a la ley o a una acción cuando quiera establecerse una expropiación (Richter y Schuppert, 1996: 337)⁴⁴.

El requisito más claro que no se recogería así en una regulación es el de la cláusula del nexo, al que ya hicimos referencia, del art. 14.3.2 LFB que establece que una expropiación sólo es legítima si está autorizada por una ley – y esto es la *Junktimklausel*)⁴⁵—que además debe contemplar la naturaleza y

⁴² Vid.: BGHZ 6, 270 (1952); BGHZ 83, 61 (1982); y BGHZ 64, 220 (1975).

⁴³ Para una descripción más detallada de este tipo de decisiones vean: Papier (1990: 587-ss); Bryde (1992: 855-ss); Badura (1994: 370-ss); Kimminich (1995: 185-ss); Wendt (1996: 521); y Van der Walt (1999: 141: ss), así como los casos que estos autores citan y describen.

⁴⁴ 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 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).

⁴⁵ La cláusula del nexo (*Junktimklausel*) 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-- 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 *Naßauskiesung* BVerfGE 58, 300 (1981))-- , o dicho de otra forma, para evitar que la ley se convierta en un

extensión de la indemnización⁴⁶. Obviamente, las leyes reguladoras no prevén el pago de una indemnización, no contienen tal cláusula, y por lo tanto, no satisfacen el requerimiento del nexo, y consiguientemente, es imposible obtener una indemnización expropiatoria por las acciones aplicadas bajo su autoridad. El resultado es, de acuerdo con el Tribunal constitucional Federal, que cuando el propietario entienda que está afectado especialmente por la regulación, la vía que debe seguirse es atacar la validez de la ley o de la acción y no reclamar una compensación expropiatoria. En suma, si las cortes civiles otorgan una indemnización expropiatoria en realidad lo que hacen es actuar fuera del marco de la Constitución y en concreto al margen del artículo 14.3 LFB (Kommers, 1997: 257-261).

Todavía en 1984 las cortes civiles siguen convencidas de que pueden existir las regulaciones expropiatorias (BGHZ 90, 17 (1984); y BGHZ 91, 20 (1984)) y finalmente reconocen que en todo caso cabe una indemnización para las regulaciones excesivas que no se otorgan en base al art. 14 LFB sino en base al derecho civil. Este pago, como ya describimos en capítulos anteriores, es entendido como un pago equiparador⁴⁷ y no como un pago expropiatorio⁴⁸. El pago equiparador se otorga para atenuar

regulatory taking. Ésta es una discusión de gran importancia que se está llevando a cabo hoy en Alemania y que todavía no se ha 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. Veán 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).

⁴⁶ 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*), han sido el objeto de muchas decisiones de los tribunales civiles y del Tribunal Constitucional Federal. 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 *Nafauskiesung* (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 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) y (H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 12ª ed. (Munich: C.H. Bech, 1999)).

⁴⁷ 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).

⁴⁸ 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)

las cargas de la regulación cuando sea necesario en base al principio de proporcionalidad. (BGHZ 91, 20 (1984); y BVerwGE 84, 361 (1990))⁴⁹.

En el caso BVerfGE de 14 de julio de 1984 la Corte Constitucional Federal también realiza una excepción a la no indemnizabilidad de la delimitación de derechos en base al principio de proporcionalidad y al de igualdad corrigiéndose la posible desproporcionalidad y/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 propiedad⁵⁰. La sentencia analiza la Ley de prensa del *Land* de Hessen según la cual 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.

Decisiones de la Corte Federal de Justicia en Materia Civil y la Corte Federal Administrativa que otorgan compensación por regulaciones excesivas o ilegítimas ponen el énfasis en el hecho de que un sacrificio especial o extraordinario es requerido a un solo propietario, lo que sugiere que el impacto del infringingimiento y la injusticia que supone que un propietario de manera individual tenga que soportarlo entra en conflicto con el principio de proporcionalidad. En la práctica subsiguiente de los tribunales

⁴⁹ Los argumentos para este tipo de decisiones parten de una decisión temprana de la Corte Civil Federal (BGHZ 64, 220 (1975)), en la que se enjuicia el ruido excesivo provocado por el replanteamiento de una calle de una tranquila área residencial con el fin de convertirla en una vía concurrida. La Corte estableció que las leyes aplicables dejaban a las autoridades varias opciones con el fin que optaran por aquella que menos afectara a los derechos. La Corte asimismo precisa que, una primera opción es que las calles que vayan a causar un ruido excesivo deben planearse para áreas donde no afecten los derechos de propiedad. Si ello es imposible, las autoridades deben erigir instalaciones para reducir el ruido. Si ello es también imposible o insuficiente, el planificador tiene que confiar en que los propietarios van a aislar sus propiedades contra el ruido y debe otorgarles las cantidades necesarias para sufragar tales gastos. Y como última opción, cuando todo lo anterior falle, el poder público debe suavizar la regulación otorgando compensaciones por la pérdida del uso o por el daño en la propiedad.

⁵⁰ 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 trasvasen los límites permitidos.

parece que incluso se haya aceptado que los pagos equiparatorios, que prevean que una regulación sea excesiva y por lo tanto inválida, sean aceptables si se han previsto expresamente en una ley (Badura, 1994: 360-371; y Leisner, 1989: 1094⁵¹). Pero insistimos, el resultado de las decisiones de la Corte Constitucional Federal ha sido que en Alemania los regulatory takings no sean aceptados. La indemnización expropiatoria sólo se pagará si estamos ante una expropiación y si se satisfacen todos sus requisitos formales. No nos extendemos tampoco aquí porque ya lo describimos en el capítulo sobre expropiación y regulación.

Volviendo a las limitaciones que puedan imponerse a la propiedad a través de las leyes, la cuestión gira alrededor de que debe haber un balance, un equilibrio, entre la protección de derechos de propiedad existentes y la limitación o regulación, que se imponga en base al interés público, del uso y disfrute de la propiedad. Diferentes categorías de limitaciones justificadas constitucionalmente sobre los derechos de propiedad se distinguen de acuerdo con este principio. Blaauw-Wolf y Wolf especifican las siguientes categorías de supuestos en las que los derechos pueden ser delimitados en línea con los requerimientos constitucionales: (i) EL artículo 19.1 LFB establece que los derechos fundamentales pueden ser delimitados a través de una ley general, que mencione el derecho que es restringido y el artículo por el cuál queda protegido. (ii) Los derechos fundamentales pueden ser limitados por otros derechos fundamentales. (iii) Los derechos fundamentales pueden ser limitados también por los límites intrínsecos contenidos en los mismos derechos. En principio, todas estas categorías se aplican al derecho de propiedad, aunque con distinta intensidad. El último supuesto, cuando los derechos son limitados por sus propias características intrínsecas, se aplica sobre todo en situaciones donde el contenido y los límites del derechos están especificados por provisiones constitucionales relevantes, y en estos casos el texto de la provisión será una importante fuente de información a la hora de definir los límites del derecho (1996: 113). La cuestión de si la propiedad entra dentro de esta categoría ha sido debatida, pero nosotros, en base a lo expuesto a lo largo de este texto, creemos que así es.

Los límites intrínsecos que la propiedad engloba están en todo caso justificados por la función social de la propiedad. Otros autores en cambio creen que es el legislador, y sólo el legislador, el que

⁵¹ Leisner (1989) escribe que estas categorías, que amplían el concepto de expropiación en cierta forma, creadas pro las cortes civiles, han sobrevivido incluso al caso *Nußauskiesung* BVerfGE 58, 300 (1981).

los debe definir. Como ya hemos descrito en apartados anteriores, no opinamos que sea así, sino que existe unas pautas constitucionales que se le imponen al legislador. En suma, los requisitos para que una limitación de la propiedad (o delimitación) sea válida y legítima derivan del art. 19.1 y del 14 LFB. El artículo 19.1 LFB establece sobre todo los requisitos formales (ley general...). Además exige el requisito del respeto del contenido esencial. Currie, incluso defiende que el art. 19.2 LFB, el del contenido esencial, acaba teniendo un efecto menor debido al impacto del principio de proporcionalidad en las limitaciones de los derechos fundamentales (1980, 307-310). Blaauw-Wolf y Wolf escriben que la garantía del contenido esencial del artículo 19.2 se aplica a todos los derechos fundamentales, pero que la aplicación y desarrollo del principio de proporcionalidad ha dejado este artículo prácticamente sin un contenido diferenciado (con ello no estamos de acuerdo). De hecho, apunta Van der Walt, el test del principio de proporcionalidad ha asumido gran parte de la función de la cláusula de las limitaciones generales, en el sentido de que examina la validez y requerimientos de las limitaciones sobre los derechos individuales (1999: 161).

Currie apunta que no existe una provisión general para el principio de proporcionalidad en la Ley Fundamental de Bonn, y que el gran impacto de este principio en la jurisprudencia debe ser visto como algo contrario a la historia del derecho alemán (1994: 309). En cambio, el Tribunal Constitucional Federal, aplica este principio desde un inicio a destajo, como si fuera un requerimiento constitucional obvio, --a pesar de que uno de sus comentaristas, Dürig, no lo reconozca-- y atribuye el origen del principio de proporcionalidad al art. 19.2 LFB. Esta opinión no se ha aceptado unánimemente (Papier, 1990: 484). Recientemente se ha escrito que el principio de proporcionalidad deriva de una forma más básica del Estado de Derecho, de la *rule of law* (*Rechtsstaat*) del art. 20 LFB, y el art. 19.2 LFB ha dejado de vincularse a éste (Currie, 1994: 309; Blaauw-Wolf y Wolf, 1996: 278; y Van der Walt, 1999: 161).

Blaauw-Wolf y Wolf explican que el test para analizar si una limitación es legítima debe tener en cuenta dos aspectos de manera separada: Por un lado debe determinarse si la limitación está permitida en base a un test de proporcionalidad; y por otro, cuando un derecho fundamental tenga que ser coonestado con un interés público legítimo expresamente protegido por la Constitución, el enfoque del Tribunal Constitucional Federal debe ser, y ha sido, optimizar ambos intereses dando una protección parcial de ambos sin sacrificar ninguno (1996: 279-ss).

Recordamos que el principio de proporcionalidad comprende tres requisitos, formulados por los

tribunales, que a su vez están relacionados, y que determinaran si una limitación de un derecho fundamental es constitucional. La limitación debe ser, adecuada a su propósito (*idónea*) (*geeignet*); ser estrictamente necesaria para conseguir el fin (*erforderlich*); y no ser excesiva en relación al propósito que sirve y a los beneficios que vayan a lograrse (lo que en España se denomina proporcionalidad en sentido estricto) (*unverhältnismäßig o unzumutbar*). Ello implica que el legislador debe escoger la medida menos lesiva para los derechos para conseguir el fin perseguido con la limitación. Van der Walt, con quien coincidimos, escribe que la proporcionalidad se aplica a las regulaciones en los términos del art. 14.1.2 LFB y a las expropiaciones en los términos del art. 14.3 LFB (1999: 160-163). Además, las limitaciones deben ser válidas de acuerdo con otros principios constitucionales como el principio de igualdad y el de la preservación de la confianza (Currie, 1994: 309-310)⁵².

Por otro lado, recordamos también, que el test de la proporcionalidad, entendido como un test que legitima las limitaciones impuestas a los derechos fundamentales, debe ser diferenciado del *balancing test*, del test del balance de distintos intereses. En este tipo de test, el *balancing*, se aplica, escribe Van der Walt, en los casos en que se analizan a la vez diferentes derechos constitucionales que entran en conflicto. A veces se ha dicho que el test del balance de intereses parte de la premisa de que determinados derechos fundamentales, por lo menos el derecho a la dignidad humana, son más importantes que otros, pero la cuestión de si existe un ranking formal de derechos fundamentales en la Constitución alemana es controvertida. Sin embargo, aparte de si el balance de intereses parte de un ranking abstracto de derechos, en el que el origen y función social democrática de los derechos son considerados para establecer una jerarquía de derechos, es claro que el balance de derechos que se enfrenten envuelve un ranking concreto de derechos, en el cual un número de intereses, la intensidad del infringimiento y la valía del derecho a proteger son consideradas para determinar qué derecho debe prevalecer en una concreta situación. Al respecto, aspectos relacionados con la intensidad del infringimiento son a menudo consideradas importantes en las cortes civiles y administrativas, a pesar de que este test ha sido empleado en algunas decisiones constitucionales también (1999: 162).

Blaauw-Wolf y Wolf incluso se atreven a proporcionar una lista de requisitos que deben superarse para determinar la constitucionalidad de una limitación o delimitación de la propiedad. Según estos

⁵² Vid.: BVerfGE 78, 232 (1988) 245-247.

autores debe examinarse: (i) si existe alguna provisión que permita, habilite, la restricción o la finalidad de la ley. (ii) Si es así, deberá verse si estamos ante una simple limitación o ante una restricción extensa. (iii) En el caso que estemos ante una restricción elevada deberá observarse si las habilitaciones para esta restricción elevada se han respetado. (iv) Deberá verse si los requisitos del art. 19.1 LFB se han tenido en cuenta, en el sentido de que la ley debe aplicarse de manera general y si se ha especificado que derecho se delimita y protege. (v) También deberá examinarse si el contenido esencial del derecho se ha dejado intacto tal y como requiere el art. 19.2 LFB. (vi) Debe observarse, asimismo, si la restricción es conforme con otros principios constitucionales, como si el legislador es competente o si los límites inherentes del derecho han sido tenidos en cuenta. (vii) Y, por último, se verá si la restricción satisface el test de la proporcionalidad (si la limitación es apropiada, necesaria y no excesiva) (1996: 279-ss).

En conclusión, normas que cambien o transformen derechos existentes son legítimas si están justificadas por el interés público y si se han impuesto de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Una regulación que extinga parcial o completamente un derecho existente puede, consiguientemente, ser justificada y legitimada en circunstancias excepcionales tal y como se indica en el test de la proporcionalidad.

1. 2. EL ACERCAMIENTO, EN ALGUNOS CASOS, AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN ESTADOS UNIDOS.

En Estados Unidos, en general, los tribunales tienden a analizar la validez y legitimidad de la delimitación de la propiedad desde un enfoque conceptual (*definitional approach*) centrándose en la cuestión de si un específico interés patrimonial está o no incluido en alguna de las categorías de propiedad protegidas constitucionalmente; en vez de fijarse en un test de proporcionalidad en el que se examine si una específica limitación está justificada o no. Esta tendencia, como ya se ha explicado, ha sido especialmente importante durante la era *post-Lochner*, donde cualquier parecido a un análisis basado en el substantive due process de una regulación económica, incluyendo tests que justifiquen una limitación basada en la razonabilidad o la proporcionalidad, ha sido evitada. Durante la era *Lochner* se

empleaba un test de relación basado en la proporcionalidad que a su vez formaba una parte importante del *substantive due process*. Asimismo, en la era *Lochner*, este test se traducía en una cuestión de razonabilidad del fin en base al cual la limitación era impuesta y la relación entre el propósito y los medios seleccionados para promocionarlo. Desde 1937, y desde el abandono del test del *substantive due process*, este tipo de tests de proporcionalidad y racionalidad se olvidan. Sin embargo, debe recordarse que, como ocurre en la mayoría de jurisdicciones, el enfoque de este tipo de limitaciones a los derechos fundamentales por parte de la Corte Suprema no ha sido consistente, y así, incluso después de la era *Lochner*, aparecen algunas excepciones.

El enfoque conceptual (*definitional approach*), adoptado tras la era *Lochner*, se ha ido formulando en decisiones en las que las cortes norteamericanas han sugerido que los derechos de propiedad pueden estar sujetos a ciertas limitaciones implícitas o inherentes derivadas del *common law* o de una ley, con el resultado de que el interés en cuestión no ha acabado incluido en la categoría de propiedad protegida y ha podido ser incluso “destruida” o “expropiada” por una regulación sin indemnización. En estos casos, la idea de que una limitación a la propiedad es legítima porque el interés que es afectado no fue nunca parte de la propiedad del titular porque ese interés ya estaba excluido o restringido por el *common law* o una ley. La premisa que reside tras este enfoque, la idea de que la propiedad está sujeta a limitaciones intrínsecas, muestra similitudes con la noción de función social alemana y española. Esta noción ya fue mencionada por el Juez Holmes en *Pennsylvania Coal Co v. Mahon* (260 US 393 (1922) 413 [1-3]). Sin embargo, es en *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (505 US 1003 (1992) [7-ss]) donde se defiende con más intensidad. En *Lucas*, el Juez Scalia, sostiene que la regulación que deprive a un propietario de todo uso beneficioso de su tierra puede reconocerse como legítima, si no media indemnización, sólo si ese uso nunca formaba parte antes del título de propiedad. Ello requerirá la misma clase de prueba que la que se exige en los casos de restricciones del uso del suelo cuando el estado quiere prevenir un uso de la tierra en una acción de *common law* basada en un *public nuisance* (en molestias) (Radin, 1993: 190)⁵³.

⁵³ M. J. Radin, *Reinterpreting Property* (Chicago, USA: University of Chicago Press, 1993). Al respecto vean también: F. I. Michelman, “Property, Federalism, and Jurisprudence: A Comment on Lucas and Judicial Conservatism”, *Will. & Mary L. Rev.* 35 (1993) 301-328; A. J. Van der Walt, *Constitucional Property Clauses: A Comparative Análisis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999); J. L. Sax, “Property Rights and the Economy of Nature:

En *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis* (480 US 470 (1987)) la Corte Suprema rechaza el argumento de que las columnas y soportes de carbón que tenían que dejarse en las minas, para sostenerlas, tengan que considerarse una parcela separada de propiedad⁵⁴, y la Corte opta por evaluar el efecto de la ley en referencia a la propiedad en su conjunto. La conclusión a la que se llega es pues, que la ley reguladora de la propiedad no de priva a las compañías mineras de todos los usos viables de su propiedad. En cambio, si las columnas de carbón hubiesen sido analizadas separadamente⁵⁵, hubiese sido posible afirmar que el uso económico viable o la explotación de esa parcela separada de propiedad ha sido realmente expropiada. La Corte manifiesta que esta perspectiva no está justificada y que el efecto de la ley tiene que ser juzgado desde una mirada a la propiedad como un todo (496 [12]). A pesar de que la ley de Pennsylvania es la única que reconoce las columnas y soportes de carbón en las minas como un interés separado en el suelo que puede ser tratado separadamente de la propiedad de la mina o de la propiedad de la superficie (500 [13c]), ello no significa que una ley que restrinja las columnas de carbón – que además ha sido creada para proteger la superficie de posibles derrumbes—enga que ser necesariamente analizada en referencia al “*support state*” separadamente.

Esta decisión no significa que la Corte rechace la noción de que el *support state* tenga que ser visto como un interés patrimonial aislado, sino que la existencia separada del *support estate* en la ley estatal se

Understanding *Lucas v. South Carolina Coastal Council*”, *Stan. L. Rev.* 45 (1993) 1433-1456; y L.S. Underkuffler-Freund, “Takings and the Nature of Property”, *Can. J. L. & J.* 9 (1996) 161-205.

⁵⁴ En el estado de Pennsylvania y en concreto bajo la ciudad de Pennsylvania existen importantes yacimientos mineros de tal riqueza que el subsuelo de esa ciudad está en manos de las compañías mineras. Si una compra un edificio en *Penn*, poseerá el edificio y la superficie, pero no el subsuelo. En consecuencia, la superficie y edificios de *Penn* pueden adquirirse, por lo menos teóricamente, a más bajo precio. Las actividades mineras tambalean los edificios de las superficies y en el famoso caso *Pennsylvania Coal v. Mahon* cuando se pretende parar esta práctica a través de una ley que dejaría *out of business* a las compañías mineras, ésta norma es declarada inconstitucional. En este caso, en *Keystone*, la ley de Pennsylvania requiere a los operadores de minas, con la amenaza de que si no se les va a retirar la licencia para extraer minerales, que dejen un poco de carbón en las minas que queden bajo los edificios públicos, cementerios, y riachuelos para que la superficie quede más sujeta. Asimismo la ley obliga a la compañía a sufragar los gastos de reparaciones por daños a los edificios de la superficie incluso en el caso en que los propietarios hubiesen renunciado por contrato de adquisición de la propiedad, a reclamar tales gastos por daños --cosa que ocurría en la mayoría de ocasiones. Las compañías mineras y una asociación minera presenta un recurso contra la ley alegando que la regulación supone un *taking* sin compensación, violando la Quinta Enmienda. Según los propietarios-mineros, la ley de privaba a éstos de esta parcela de propiedad, el *support estate*, tal y como se había reconocido antes por las leyes estatales.

⁵⁵ Un argumento que Margaret Jane Radin denomina como “*conceptual severance*” (Vid.: M. J. Radin, “The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings”, *Colum. L. Rev.* 88 (1988) 1167-ss; y M. J. Radin, *Reinterpreting Property* (Chicago, USA: University of Chicago Press, 1993) 126).

restringe con un fin (registro de propiedad) que no afecta el concepto de takings. En otras palabras, la decisión no implica que tal propiedad separada no pueda existir de acuerdo con la ley estatal; sino que simplemente refleja que el reconocimiento del support estate de forma separada no forma parte de la naturaleza esencial de la propiedad. En suma, esta decisión no contradice la importancia del derecho estatal en determinar el alcance del derecho de propiedad. Es decir, la decisión afirma que este tipo de propiedad sólo es reconocido solamente para fines registrales, y no como un derecho de propiedad aparte y cierto. Esta decisión, por lo tanto, no contradice la importancia de las leyes estatales para determinar el alcance del derecho de propiedad tal como parecía que hiciera.

De acuerdo con Van der Walt, la implicación de los casos en que la Corte se refiere al “background” de las leyes estatales parece que el contenido de los derechos de propiedad se determinen en base a principios de derecho existentes; una posición que se acerca a la explicación alemana de las *immanenztheorie* de los arts. 14.1 y 14.2 LFB. El enfoque basado en el concepto, *the definitional approach*, respecto a las limitaciones a la propiedad que corresponde con esta noción de limitaciones implícitas es, de hecho, más consistente en la jurisprudencia sobre limitaciones norteamericanas que en Alemania o España debido a la aversión que existe en Estados Unidos a cualquier resultado que se acabe pareciendo al *substantive due process*. Sin embargo, la noción de que una ley estatal sirve como el “background law” en los términos en que los aspectos constitucionales tienen que ser decididos no es una característica esencial de la jurisprudencia constitucional americana, y el alcance del definitional approach tiene que ser determinado con más precisión antes de que estas implicaciones puedan ser analizadas (1999: 453)⁵⁶.

⁵⁶ El análisis más completo sobre la noción de que la propiedad tiene que ser sujeta a limitaciones inherentes está propuesta por Underkuffler-Freuns (1996: 205-ss). Esta autora analiza la jurisprudencia de takings para determinar lo que para ella es crucial. Así, escribe que las cortes norteamericanas trabajan con dos percepciones de propiedad separadas pero aparentemente contradictorias. Una es que la propiedad se contempla como derechos, representando y protegiendo a la esfera individual de autonomía contra las interferencias estatales. La otra, incluyendo los derechos individuales pero sin permitir una preferencia automática para éstos, y por lo tanto sosteniendo una tensión no resuelta entre el individuo y la comunidad. Esta tensión se entiende inherente en el concepto de propiedad en sí mismo. Underkuffler argumenta que las inconsistencias en la jurisprudencia de takings resulta de la incapacidad de las cortes asumir y reconocer la naturaleza e implicaciones de cada percepción, y de formar la pretensión de que existe una sola percepción y modelo que tiene que explicar la línea en los casos de takings y en las decisiones similares. Otra de las características de la propiedad, tal y como puede extraerse del case law, continua Underkuffler, es que la propiedad está inherentemente limitada por restricciones impuestas en su uso para el beneficio público. Alexander, por otro lado, que también trabaja con dos visiones enfrentadas de propiedad en el derecho constitucional norteamericano, una visión propietaria – en el sentido de que la propiedad define y protege un orden social adecuado–, y una visión *commodified* –en el sentido de que el significado de la propiedad es maximizar las ganancias para un fin privado.

Las decisiones basadas en el due process, como *Board of Regents of State Colleges v. Roth* (408 US 564 (1972)), y en especial, *Cleveland Board of Education v. Loudermill* (470 US 539 (1985)), iluminan el efecto del derecho estatal en el contenido de un derecho y el poder del estado de extraer asimismo tal derecho. En *Loudermill*⁵⁷ se dijo que el derecho de due process es conferido, no por gracia del legislador, sino como una garantía constitucional. Mientras que el legislador puede escoger no conferir a un empleo público un interés patrimonial, puede no autorizar constitucionalmente la privación de tal interés, que este confirió, sin las apropiadas salvaguardas procesales (“[t]he right to due process is conferred, not by legislative grace, but by constitutional guarantee. While the legislature may elect not to confer a property interest in [public] employment, it may not constitutionally authorize the deprivation of such an interest, once conferred, without appropriate procedural safeguards”).

Es decir, que la cuestión de si una particular limitación de derechos de empleo está justificada depende enteramente de la fuente legal (o, presumiblemente del *common law*) del derecho: si el derecho es creado de manera que no confiera derechos patrimoniales, la garantía del due process no se aplica; pero si confiere derechos de propiedad el estado no puede simultáneamente excluir el requerimiento del due process que sigue todo conferimiento de derechos de propiedad en base a una habilitación constitucional. Este dictum alcanza la proposición general de que la ley estatal determina el resultado de un caso de propiedad constitucional: mientras la ley estatal puede indicar si el derecho de propiedad ha quedado garantizado, no puede determinar o concluir la protección constitucional que los derechos de propiedad disfrutan.

En otras palabras, por lo menos, ciertas limitaciones no pueden imponerse al derecho de propiedad por la ley estatal. Presumiblemente, estas limitaciones y su legitimidad tienen que ser determinadas en términos de la Constitución. Sin embargo, mientras que esta conclusión puede implicar que la legitimidad constitucional de ciertas limitaciones⁵⁸ tiene que ser adjudicada con referencia a consideraciones constitucionales (oponiéndose, así, al derecho estatal) ello no implica que tal proceso

⁵⁷ Nos referimos a las manifestaciones del Juez White (541 [3]) que a su vez aluden a las afirmaciones de *Arnett v. Kennedy* (416 US 134 (1974) 167. Vean también al respecto la opinión concurrente del Juez Marshall en *Prune Yard Shopping Center v. Robins* (447 US 74 (1980) 92-93).

⁵⁸ Específicamente limitaciones que pretenden extraer una protección garantizada por la Constitución.

de revisión no pueda lograrse en la forma de un juicio básicamente definitorio.

La impresión general es que las cortes norteamericanas enfocan la cuestión de la limitación de la propiedad desde un punto de vista conceptual, definitional point of view, en el sentido de que una limitación para que esté justificada depende de lo que se acabe percibiendo como una definición del derecho o de la limitación implicada, en vez de un punto de vista basado en la proporcionalidad, en el sentido de que la justificación de la limitación depende de un escrutinio judicial del propósito y efectos de la limitación. La preferencia general del enfoque definitorio se comprende si se piensa en la aversión de la Corte en la era post-Lochner a cualquier juicio basado en la razonabilidad aplicada a una regulación con el fine proteger un interés público de un modo específico, o en la proporcionalidad entre el fin y los medios escogidos para servirlo. Sin embargo, a pesar de la aversión general al modelo Lochner han aparecido juicios substantivos en relación al fin del legislador. Existen decisiones que crean la impresión de que se emplea una justificación de la limitación de la propiedad que puede ser enfocada sobre las bases de una limitación general en un test basado en un escrutinio fin-efecto de la legislación en cuestión.

El ejemplo más obvio son los tests empleados por la Corte Suprema en algunos casos para determinar si una regulación depriva derechos de propiedad era justificada o si la limitación alcanzaba un *taking*. El test empleado para establecer si una regulación es razonable se asemeja a un test general de limitación que se centra en la cuestión de si una regulación es razonable y una restricción justificada de la propiedad privada en base a un fin público. A pesar de que este test es aplicado con un grado de deferencia importante, existen algunas excepciones. En *PruneYard Shopping Center v. Robins* (447 US 74 (1980) 84-85)⁵⁹ el test se formula de la siguiente manera: el requerimiento de due process significa que la regulación no puede ser impuesta de manera que sea no razonable, arbitraria o aleatoria, y la restricción impuesta debe ser razonablemente relacionada con el fin público al que sirve con su objetivo. En *Dolan v. City of Trigard* (114 S Ct 2309 (1994) IIIB)⁶⁰ se afirma que dos tests separados deben aplicarse: primero, la restricción impuesta debe ser razonablemente relacionada con el fin

⁵⁹ Vean también en la misma línea a: *Agins v. City of Tiburón* (447 US 255 (1980)); *Nollan v. California Coastal Comisión* (483 US 825 (1987)); y *Pennell v. City of San Jose* 485 US 1 (1988).

⁶⁰ Vean una aplicación interesante de este test también en *Yee v. City of Escondido* 503 US 519 (1992).

público legítimo; y, en segundo lugar, la restricción impuesta en un permiso para desarrollar la propiedad basado en una condición debe estar razonablemente relacionado con el daño o resultados negativos esperados del desarrollo que se pretende realizar. La Corte define este segundo aspecto como “rough proportionality”.

Se ha dicho, repetidamente, que la distinción entre el poder de regular el uso de la propiedad y un taking, debe fijarse en la cuestión de si una sola persona o un grupo menudo de personas debe ser forzado a soportar las cargas económicas de una regulación que en realidad debería soportar toda la sociedad en su conjunto. En *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (438 US 104 (1978) 124 [2,3]) se afirma que las regulaciones deben considerarse takings cuando “los daños económicos causados por la acción pública deban ser compensados por el poder público, en vez de quedar, desproporcionadamente concentrados en unas pocas personas” (*the economic injuries caused by public [police-power] action [should] be compensated by the government, rather than remain disproportionately concentrated on a few persons*). De la misma manera, la noción de que las cortes deben tomar el test *ad hoc* requiere establecer si el control de la regulación fue demasiado lejos y si debe ser tratado como un taking en el sentido de pesar los intereses privados y los públicos, en referencia a todas las circunstancias del caso⁶¹, sugiere que este tipo de juicio se parezca al test general de la proporcionalidad aplicado a las limitaciones de la propiedad (Michelman 1987: 1338; Radin, 1988: 1672; y Van der Walt, 1999: 456).

Otro enfoque que parece acercarse al test de la proporcionalidad en un número de casos es la proposición de que, a pesar de que la actual noción de propiedad constitucional no varía nunca, el alcance de su aplicación debe necesariamente cambiar para encontrar condiciones nuevas y distintas⁶². Ello significa que la propiedad no puede ser vista como un concepto atemporal o estático, y lo que pueda ser legítimamente permitido hoy no puede serlo mañana si las circunstancias cambian. Ejemplo de ello es la temprana decisión *Miller v. Schoene* (276 US 272 (1928)) donde la destrucción de los

⁶¹ *Penn Central* (124-125 [2,3][4,5]). Vean también *Kaiser Aetna v United States* 444 US 164 (1979); *Hawai Housing Authority v Midkiff* 467 US 229 (1984); *Hodel v Irving* 481 US 704 (1987); y *Nollan v California Coastal Comisión* 483 US 825 (1987).

⁶² Vid.: *Village of Euclid v. Ambler Realty Co* 272 US 365 (1926) 387 [2-4]. Paul escribe que el *ad hoc test* “es mucho más formal de lo que parece”, y que la Corte simplemente no aprecia las teorías anteriores que determinan su resultado (1991: 1401-1402).

árboles de un terrateniente se justifica por el daño que causan para otros árboles más importantes para la comunidad, debido a su enfermedad – en este caso se eliminan cedros para salvar manzanos-- . Y en *Hadacheck v. Sebastian* (239 US 394 (1915)), donde se entiende legítimo el cierre de un negocio existente debido a que ha habido un crecimiento residencial en el área.

Una afirmación que puede tener el mismo efecto aparece en el caso, más reciente, *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (505 S 1003 (1992)) en el que se sugiere⁶³ que es normal que el propietario necesariamente espere que el uso de su propiedad va a ser restringido, de vez en cuando, por varias medidas establecidas en base a un ejercicio legítimo del poder de regular de los poderes públicos. Esta explicación del efecto del cambio de las circunstancias de la garantía de la propiedad parece que se acerque más a la teoría del contexto – contextual approach--, aplicada a las limitaciones, que no al definitional approach seguido en casos como *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp* (458 US 419 (1982)) – nos referimos a aquel caso sobre una instalación de cables de tele en las azoteas de edificios que se acaba considerando un *taking*-- , y puede que esté indicando una tendencia hacia un enfoque contextual.

El aparente retorno a algo parecido al *substantive due process* en casos como *PruneYard Shopping Center v. Robins* (447 US 74 (1980)) puede ser también visto como un paso hacia el principio de proporcionalidad. Existen, sin embargo, algunos puntos de conexión en los que la jurisprudencia norteamericana parece que se alinea con la tendencia general de adjudicar a los casos de limitación y delimitación del derecho de propiedad un test de proporcionalidad. Considerando que se ha insistido repetidamente en que el test de la proporcionalidad que se emplea en otras jurisdicciones no puede verse como una evaluación subjetiva o como una interferencia con la oportunidad o eficacia de la ley, tan sólo hay espacio para desarrollar este test de proporcionalidad que es muy distinto al del subjective substantive due process approach que fue seguido durante la era *Lochner* y abandonado en 1937.

Sin embargo, en este sentido, es importante, destacar que los test per se o que ignoran el contexto que se han establecido como excepciones al open-ended weighing procedure, a un juicio abierto, en

⁶³ *Per* Juez Scalia (2899 [7]-ss).

casos como *Penn Central* y otros⁶⁴ tienden a contradecir la tendencia hacia una adjudicación substantiva y a cuestionar el definitional approach, en el sentido que una garantía absoluta de ciertos derechos es vista como una implicación necesaria de la definición de esos derechos. El enfoque de *Lucas*, en el que las normas legales o del common law son presentadas como “background law” que define el contenido de la propiedad, y también soporta y refuerza la tendencia a un enfoque definitorio, y no a una tendencia substantiva o de proporcionalidad, porque está basada en asunciones filosóficas e interpretativas que la cuestión constitucional (“es la limitación justificable?”) debería ser tan sólo una cuestión mecánica y simple, una vez la “background question” (“is the affected entitlement included in the protected right of property?”) ha sido contestada (Paul, 1991: 1401-1402)⁶⁵.

Según Van der Walt, el aspecto más importante que diferencia el derecho norteamericano de otras jurisdicciones y que surge del análisis de las cuestiones sobre las limitaciones en su jurisprudencia pueden ser establecidas en base a dos desarrollos distintos pero relacionados: (i) la noción de propiedad está sujeta a limitaciones inherentes (*common law* o *statutory limitations*), tal y como dijo el Juez Scalia en *Lucas*, y el *common law* y el *state law*, vía estas limitaciones inherentes, establece el “background law”, la base legal, para una adjudicación constitucional de los aspectos limitadores, tendiendo a reforzar el *definitional approach* en la limitación de la propiedad. La idea de que los juicios sobre propiedad constitucional deben ser decididos en base a lo que la propiedad es, de acuerdo con el *background law*, tenderá a restringir las limitaciones a un enfoque definidor en los que el contexto y la legitimidad normativa y las cuestiones justificadores jugaran un papel limitado. (ii) El reconocimiento de que las reglas de *per se takings* es una indicación de un distanciamiento del análisis desde el contexto y la proporcionalidad. Sin embargo, si decimos que existe una tendencia a reconocer más y más casos de *per se takings*, ello resultará en que las posibilidades de reconocer y promocionar un enfoque contextual o de proporcionalidad en Estados Unidos son pocas.

⁶⁴ Las ocupaciones físicas permanentes son siempre takings; la negación de todo uso económico viable de la tierra también es siempre un taking; y también la negación del derecho a excluir es un taking.

⁶⁵ Paul argumenta que el enfoque de la Corte Suprema, incluso cuando se aplica el enfoque ad hoc, es más formalística de lo que parece, y que existe una base anterior sobre una idea de propiedad que determina la jurisprudencia de takings.

2. LA PONDERACION DE LOS DOS ELEMENTOS DE LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL Y EL USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DE LOS TESTS DE LA RAZONABILIDAD Y DE NO ARBITRARIEDAD EN ESPAÑA.

2. 1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO UN CRITERIO MÁS DEL EXAMEN DE LAS REGULACIONES PATRIMONIALES A PESAR DE LA ESCASA FORMALIZACIÓN DE ESTE PRINCIPIO.

La función social de la propiedad privada en España permite una limitación extensa de ésta sin que se considere tal regulación excesiva e inconstitucional. El medio ambiente forma parte de la función social de la propiedad y de su contenido esencial⁶⁶. El juicio de constitucionalidad para determinar cuándo una regulación es excesiva hasta hoy no ha quedado del todo determinado en España. Tampoco creemos que una formalización completa sea lo más adecuado y posible, pero un poco más de formalización sí que sería, opinamos, conveniente. Una parte de la doctrina --así como importantes decisiones del constitucional--, ante una delimitación/ limitación⁶⁷ de derechos, optan por un juicio de proporcionalidad⁶⁸. Otra parte, por el criterio del límite del contenido esencial del derecho (Jiménez Campo, 1999)⁶⁹. Medina Guerrero escribe, citando a su vez a Hofmann (1989), que el control de la proporcionalidad de la acción del legislador constituye un elemento integrante de la concepción actual

⁶⁶ Esta afirmación está fundamentada en el primer y segundo capítulo del presente estudio.

⁶⁷ Aquí seguimos la distinción que realiza Jiménez Campo entre delimitación y limitación de derechos que ya hemos descrito en el capítulo anterior y que este expone en sus obras de 1996 y 1999. Asimismo partimos de la idea, aunque con matices, establecida en la STC 2/82, de 29 de mayo, de que "no existen derechos ilimitados". Aunque sí que creemos, como venimos repitiendo, que existen unos límites a esas limitaciones o delimitaciones de los derechos.

⁶⁸ Este juicio de proporcionalidad vincula al legislador y al Tribunal Constitucional le correspondería su enjuiciamiento. Por lo tanto, también la Administración y los jueces quedan vinculados a éste.

⁶⁹ J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Madrid: Editorial Trotta, 1999).

de la cláusula del Estado de Derecho (1998: 120-121)⁷⁰. Barnes a ello añade que el principio de proporcionalidad “encarna una idea elemental de justicia material: la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado”. Para este último autor estamos ante un principio general que, aunque no esté escrito en la Constitución, goza de un máximo reconocimiento, que acaba vinculando a todos los poderes públicos, incluido el Tribunal Constitucional. En suma, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, estamos ante un principio que es, a juicio de Barnes y según éste en conformidad con el Tribunal Constitucional⁷¹, inherente al Estado de Derecho y al valor de justicia⁷² proclamado en el art. 1.1 CE (1998: 19)⁷³.

Existe un debate alrededor del principio de proporcionalidad. Sin ánimo de aportar una nueva tesis a este principio sí que vamos a hacer unas pequeñas reflexiones sobre éste y su adecuación en relación a la delimitación de la propiedad privada y en concreto en cuanto a las limitaciones que se le puedan imponer en base al medio ambiente⁷⁴. Eso sí, insistimos, nuestra intención no es analizarlo en profundidad ya que un tema como el principio de proporcionalidad nos queda lejos y su análisis podría ser objeto de otro trabajo de investigación, y de otra tesis. Coincidiendo con Medina Guerrero, apuntamos que este test, y en especial en la doctrina alemana, es hoy, una de las principales aportaciones al derecho constitucional tras la segunda posguerra. El principio de proporcionalidad es para muchos (Medina Guerrero, Barnés⁷⁵, González Beilfuss, ...), y actualmente, una técnica de control del legislador limitador de los derechos fundamentales (Medina Guerrero, 1998: 120).

⁷⁰ M. Medina Guerrero, “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998) 119-141. Este autor a su vez cita las obras de Hofmann (1989) y Hesse (1995) que destacan también la importancia de este derecho. A todos ellos nos remitimos.

⁷¹ SSTC 85/1992, FJ 4; y 111/1993, FJ 9.

⁷² En relación a la justicia y el principio de proporcionalidad están las decisiones más recientes: SSTC 50/1995, FJ 7; y 173/1995, FJ 2; que afirman que el principio de proporcionalidad es inherente al valor justicia. En concreto la sentencia STC 50/1995, precisa la estrecha relación que existe entre el principio de proporcionalidad y el de igualdad.

⁷³ Este autor incluso defiende que no se puede renunciar a este principio en el examen de los derechos fundamentales. Nos remitimos a su obra, que en parte describimos aquí indirectamente, para conocer los argumentos que sostienen esta afirmación (Barnes, 1998: 33 y ss).

⁷⁴ Aquí sólo vamos a hacer referencia al principio de proporcionalidad aplicado al legislador. El principio de proporcionalidad desde un punto de vista formal aplicado a las administraciones públicas y a los tribunales ordinarios se interpreta como una obligación de fundamentar de forma expresa y concreta los motivos de cualquier acto restrictivo de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la mayoría de autores que examinan este principio coinciden en un punto: el principio de proporcionalidad es un juicio óptimo pero sería mejor formalizarlo un poco más (González Beilfuss, 2001⁷⁶; Barnés: 1998; Medina Guerrero, 1998; ...). Otro sector doctrinal apunta que la falta de concreción del principio de proporcionalidad deriva en que sea más adecuado utilizar otro análisis como el del límite del contenido esencial (Jiménez Campo, 1999 y 1996⁷⁷). Aunque el criterio del contenido esencial lo consideramos también adecuado, nosotros, por otra parte, creemos que tampoco este juicio está del todo depurado⁷⁸. La grandeza del principio de proporcionalidad reside – opinamos nosotros-- en que aporta un nuevo elemento a los anteriores que es esta exigencia de que haya una relación, proporcionada, entre la medida, la regulación, y el fin⁷⁹. Hasta aquí pues, el principio de proporcionalidad nos parece importante y útil. En especial si se combina con el límite del contenido esencial del derecho de propiedad⁸⁰. De hecho, este es un principio que ha sido asumido por la

⁷⁵ J. Barnes, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998) 15-49.

⁷⁶ M. González Beilfuss, “El Principio de proporcionalidad” (Ejercicio de Titularidad, 2001).

⁷⁷ Jiménez Campo rechaza el test de la proporcionalidad y la necesidad de que en todo caso cualquier límite legislativo de un derecho fundamental tenga que argumentarse cuando se realice para proteger otro derecho. Para este autor el límite a los límites reside en la garantía del contenido esencial. Cualquier otra construcción, continúa el autor, nos llevaría a privar al legislador de su capacidad política o decisoria, quedando limitado de forma previa y subordinado, si se aceptara el principio de proporcionalidad, a la exégesis de la Constitución. La Constitución, afirma Jiménez Campo, no puede sustituir la política por el derecho. En suma, según este autor, el enjuiciamiento de la ley con base en el principio de proporcionalidad se desenvuelve en la incertidumbre e incorpora con un juicio de “pérdidas” y ganancias”, que en lo jurídico, opina – con lo que no estamos nosotros de acuerdo—no son racionalmente mensurables”. Este tipo de test, afirma Jiménez Campo, “apenas deja margen a la argumentación y contraargumentación según criterios dotados de alguna objetividad” (488). Y concluye que, “por juiciosa que sea, la conclusión sobre la proporción o desproporción de la ley es sólo una opinión, sustraída, en cuanto tal, a cualquier réplica que no sea la opinión contraria. Las cosas no son exactamente así en el debate argumentado que exige la noción de “contenido esencial”, con la que la Constitución evoca un mundo de cultura jurídica que permite una aproximación, cuanto menos, a su reconstrucción objetiva” (1996: 479-488) (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). Aunque nos seducen los argumentos de este autor, nos inclinamos por los que sí defienden el principio de proporcionalidad, a pesar de que, incluso ellos mismos, reconozcan los inconvenientes y carencias de tal principio. Además, el juicio basado en “pérdidas” y “ganancias” tampoco nos parece un disparate si se realiza desde un examen jurídico-constitucional y no económico.

⁷⁸ Además, autores que defienden el principio de proporcionalidad, como González Beilfuss (2001), apuntan que este es un principio que no puede constituir un parámetro de control autónomo, sino que puede combinarse con otros tests.

⁷⁹ Es decir, se examina si la medida objeto de control se adecua a la finalidad perseguida (SSTC 66/1991 y 142/1993) y más tarde si existen alternativas menos gravosas para los derechos para alcanzar la misma finalidad y si existe un equilibrio entre la medida y la finalidad (STC 120/1990).

⁸⁰ Para nuestro estudio nos interesa especialmente la posición del principio de proporcionalidad en la teoría general de los derechos fundamentales ya que éste test, junto con el límite del contenido esencial, entra dentro del estudio de los límites de los límites es que en definitiva es lo que estamos tratando aquí.

generalidad de los países europeos (Barnés, 1988: 16) e incluso por el propio texto de la Constitución Portuguesa (art. 18.1) que lo recoge como requisito para examinar la limitación de los derechos fundamentales (Medina Guerreiro, 1998: 120).

En cuanto a su formalización, la doctrina mayoritaria, así como trabajos recientes, con los que coincidimos, defienden que una mayor formalización de su estructura aportaría al principio más operatividad y seguridad jurídica (González Beilfuss, 2001). Por lo tanto, también optamos aquí, como estos autores citados, por una mayor formalización del principio de proporcionalidad.

Los tres elementos del principio de proporcionalidad son: el de la idoneidad, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto (STC 66/1995, FJ 5). Asimismo, tal y como indica González Beilfuss, el Tribunal Constitucional antes de analizar estos tres elementos examina, a menudo, y en especial recientemente, si la finalidad perseguida por la medida objeto de control es constitucional⁸¹. Si no lo fuera se ahorraría así entrar en los otros extremos (2001: 23) (STC 66/1991, FJ 4)⁸². La finalidad debe estar permitida, por lo menos, por una habilitación constitucional⁸³. Entrando ya en los tres elementos del principio de proporcionalidad, observamos que en el requisito de la idoneidad⁸⁴, que en general no ha presentado grandes problemas, se examina la si la regulación es adecuada y/o apta para lograr el fin perseguido⁸⁵. La necesidad de la medida objeto de control es definida como la “ausencia de alternativas más moderadas o menos gravosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida”⁸⁶. El examen del juicio de la necesidad es el más problemático de los tres

⁸¹ Diferenciándose de este modo de las sentencias anteriores en que el Tribunal, influenciado por la doctrina alemana de los límites inherentes, exigía que la finalidad respondería a un bien jurídico constitucional concreto (González Beilfuss, 2001: 23).

⁸² También Barnes se refiere a esta premisa (1998: 25) que a su vez podemos relacionar con el famoso artículo de la Degana de Stanford, y discípula de Laurence Tribe, Katellen Sullivan, sobre *unconstitutional conditions*, donde se defiende que si los fines son ya inconstitucionales no será necesario ir más allá en el análisis (K.L. Sullivan, “Unconstitutional Conditions”, *Harv. L. Rev.* 102 (1989) 1415-ss).

⁸³ Difiriendo así del *strict scrutiny* norteamericano en que la finalidad debe responder a un mandato – y no a una finalidad—constitucional.

⁸⁴ Javier Barnes propone como ejemplo de la idoneidad el caso alemán BVerfGE 19, 330, 338 y ss, en el que se considera no idóneo, inútil, la medida que se estableció, con el fin de proteger a los consumidores, y que exigía a los comerciantes que adquirieran conocimientos generales a cualquier comercio, nada especializados (1998: 18).

⁸⁵ Este requisito se ha utilizado también junto al examen de la finalidad perseguida en el juicio de razonabilidad.

⁸⁶ Ejemplo del requisito de la necesidad es, a juicio de Barnes, la STC 7/1994, FJ 3C, en la que se establece que en la

elementos. La doctrina ha debatido extensamente alrededor de este requisito y sobre todo se ha cuestionado qué debe entenderse por “alternativas menos lesivas para los derechos”⁸⁷. A ello nosotros añadimos que de la jurisprudencia constitucional, en la que casi siempre una regulación ha pasado el test de la “alternativa menos gravosa para los derechos”, se desprende que el Tribunal Constitucional parece que haya equiparado el requisito de la necesidad al de la interdicción de la arbitrariedad porque si no, ¿cómo es posible que hayan pasado tantas normas, y en especial las normas que regulan la propiedad, el juicio de la necesidad – de la lesión menos grave para los derechos?⁸⁸ Y aunque esto no fuera cierto, en todo caso, queremos subrayar otro aspecto: En Estados Unidos el juicio de la necesidad se vincula al test del *strict scrutiny* y cuando se aplica normalmente la norma no pasa este control; ahora bien, lo importante en estos casos, en Estados Unidos, es que la Corte Suprema ha manifestado que lo relevante es que es el legislador, el que regule el derecho, el que deberá demostrar que la norma es necesaria y que realmente no existe una alternativa menos lesiva para los derechos.

Aquí recordamos que el derecho de propiedad no es considerado en Estados Unidos un derecho fundamental al que deba aplicarse el *strict scrutiny*. Para el análisis de la regulación del derecho de propiedad – para ver si ésta era excesiva, un *regulatory taking*—la Corte Suprema ha acudido al test de la *mere rationality*⁸⁹. Como ya se ha visto, existen muchos otros tests, nos referimos en especial a los *per se* tests, que se aplican a las regulaciones de la propiedad; sin embargo, aparte de los tests *per se*, en general, y aunque estemos ante el *balancing test*, este se aplican desde la *mere rationality*. El test de la *mere rationality* contiene tres elementos: debe existir una habilitación constitucional y una mera

investigación de la paternidad, las pruebas biológicas sólo se justificarán cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos. Si la evidencia de la paternidad puede alcanzarse a través de medios menos lesivos para la integridad física y la intimidad, no está autorizado el órgano judicial a obligar a la práctica de los análisis sanguíneos (1999: 18).

⁸⁷ En Alemania se entiende como una prohibición de exceso, con lo que estamos más de acuerdo y no es ya la necesidad, que es muy distinto y mucho más estricto.

⁸⁸ Una respuesta a esta pregunta se encuentra en el texto de Javier Barnes cuando afirma que este test “sólo dará “positivo”, nótese bien, cuando la medida limitadora desborde alguna de esas prohibiciones de forma evidente y manifiesta, lo que implica, desde luego, que tan sólo la desproporción extrema y *objetivable* adquiera relevancia jurídica y que no sea ésta, por lo demás, una hipótesis frecuente, como tampoco lo es la utilización o introducción de elementos diferenciadores calificables de arbitrarios o carentes de todo fundamento racional...” (1998: 16).

⁸⁹ La aplicación de este test, vinculado a algunos casos del *due process* y a las *economic regulations*, ha sido criticado por una parte de la doctrina. Linde, por ejemplo, escribe que “*the dogma that the Constitución requires every law to be a rational means to a legislative end is not a rational premise for judicial review and is even less plausible as a constitutional command to lawmaker*” (M. Linde, “Due Process of Lawmaking”, *Nebraska Law Review* 55 (1976) 197).

racionalidad, una *minimal rational relation* entre los medios escogidos por el *government* y el objetivo perseguido⁹⁰. Y lo que es más importante: es el que impugne la norma el que deberá demostrar que los dos componentes anteriores no existen⁹¹.

En el *strict scrutiny* la norma debe satisfacer, de manera estricta, dos requisitos: que exista un mandato constitucional --el objetivo perseguido por la regulación debe ser *compelling*--y que los medios, la regulación, sea “necesaria” para lograr tales fines. Necesaria en el sentido de que no es suficiente una “*rational relation*” entre los medios y el fin sino que medios y fin deben estar extremadamente vinculados (Sullivan, 2001)⁹². Ahora bien, lo realmente importante en este caso, como ocurría en el *mere rationality* es ver en quién recae la carga de la prueba. En el *strict scrutiny* es el *governmental body*, que ve su norma atacada, el que tiene la carga de persuadir a la Corte de que su regulación es constitucional. Lógicamente, la elección de un escrutinio u otro determinan el resultado de la decisión de la Corte⁹³. Cuando se emplea el *strict scrutiny* la norma casi siempre acabará siendo considerada inconstitucional (*will almost always be struck down*)⁹⁴. En cambio, si se emplea la *mere*

⁹⁰ En la *mere rationality* se exige una “*adequate congruence*” entre la norma – normalmente una clasificación– y los objetivos del legislador. Algunos, vinculados a la Escuela de Chicago, relacionan la *congruence* con criterios económicos (R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977)). Otros, con los que coincidimos, no. Benett escribe que “*To recognize that rationality is a function of costs, benefits, and alternatives is to recognize that judicial value judgments at some level are unavoidable even when applying (the) most minimal of constitutional standards. (This) means no more than that ascribing irrationality to legislative actions must be a matter of judgment, not science*” (C. Bennett, “‘Mere’ Rationality in Constitutional Law”, *Calif. L. Rev.* 67 (1979) 1049).

⁹¹ Vid.: F. I. Michelman, “Politics and Values, or What’s Really Wrong with Rationality Review”, *Creighton L. Rev.* 13 (1979) 487-ss; K.L. Sullivan y G. Gunther, *Constitutional Law*, 14ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 2001); y K.L. Sullivan, “Unconstitutional Conditions”, *Harv. L. Rev.* 102 (1989) 1415-ss.

⁹² K.L. Sullivan y G. Gunther, *Constitutional Law*, 14ª ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 2001).

⁹³ Existe también el *Middle-level Review* que sólo se aplica en algunos casos como en la *equal protection* si estamos ante una categoría sospechosa, en la *contract clause* y en la *free expression* si las diferencias que establece la regulación son content-neutral, si la regulación diferencia en cuanto al “*time, place and manner*”. Son categorías semi-sospechosas, a las que se aplica este test medio, las diferencias que se hacen en base al género y a la ilegitimidad. En el *Middle-level review* se examina si existe un objetivo “importante” que justifique la norma --el objetivo del *government* tiene que ser importante, es decir el espacio que queda entre “*legitimate*” y “*compelling*” *objective*, y los medios deben ser “*substantially related*” con el objetivo importante del *government*. Este test es el menos claro en cuanto a la carga de la prueba, aunque normalmente ésa ha caído en el *government* (Sullivan, 2001). Por ejemplo, en *Craig v. Boren* 429 US 190 (1976) se estableció que un estatuto de Oklahoma que prohibía la venta de una cerveza de menos de cuatro grados a menores de 21 se consideró inconstitucional porque sólo afectaba a chicos y no a chicas y se basó en que las clasificaciones de género deben servir importantes *government objectives* y estar *substantially related to achieving those objectives*. No permitir la venta a menores se consideraba constitucional pero hacer la diferencia entre hombres y mujeres no, no estaba sustancialmente relacionado.

⁹⁴ Aunque no siempre, por ejemplo, en *Korematsu v. United States* 323 US 214 (1944) una clasificación diferenciadora

rationality, hay un 50 % de posibilidades de que la regulación acabe siendo declarada inconstitucional.

A grandes rasgos, recordamos que el test de la *mere rationality* se aplica normalmente cuando se analizan casos sobre la *dormant comerce clause*⁹⁵, el *substantive due process* – siempre y cuando no se afecte un derecho fundamental, es decir, se aplica el test de la *mere rationality* en las *economic regulations*-- y en la *equal protection* siempre y cuando no se examine una clasificación “sospechosa” o “casi sospechosa” o un derecho fundamental⁹⁶. En concreto la *mere rationality standard* actúa en las regulaciones económicas, las clasificaciones sobre extranjería, y derechos que, aunque importantes, no son fundamentales, en Estados Unidos, como el derecho a la vivienda y a la comida (*food*)⁹⁷ y el derecho a obtener una educación pública y libre (*free public education*).

El test del *strict scrutiny*, en cambio, se aplica en los casos en que el *substantive due process* afecte un derecho fundamental⁹⁸. En cuanto a la *equal protection review* el test del *strict scrutiny* funciona cuando la clasificación es sospechosa o estamos ante un derecho fundamental. Las categorías sospechosas son aquellas que establecen diferencias basadas en la raza⁹⁹ y el país de origen. Se

basada en la raza sobrevivió el *strict scrutiny* cuando la Corte Suprema consideró que era una decisión “necesaria” (“*Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions*”) apartar a los japoneses durante la Segunda Guerra Mundial de destinos en la costa oeste.

⁹⁵ Este es el test utilizado cuando una regulación estatal afecta el comercio interestatal para determinar si se ha vulnerado la “*Dormant Commerce Clause*”. La regulación estatal en este caso debe perseguir un fin estatal legítimo y estar racionalmente relacionado con el fin. Asimismo, en estos casos se aplica un segundo test que es ver si el interés estatal a la hora de aplicar la regulación tiene que pasar la prueba impuesta por el comercio interestatal, y cualquier discriminación contra el *interstate comerce*, si no lo supera la norma es inconstitucional.

⁹⁶ El caso en que más claramente se establece que en las *social and economic policies*, una *statutory classification* que no afecte una categoría sospechosa o un derecho fundamental debe analizarse desde la *mere rationality* es *FCC v. Beach Communications, Inc.*, 508 US 307 (1993).

⁹⁷ Nos referimos al caso sobre *food stamps* (*US Dept. of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528 (1973)) en el que en base al *rationality standard* se consideró “irracional” la norma que permitía dentro de las cartillas de comida beneficiar a los familiares del titular pero no a los no parientes aunque vivieran con el titular. La clasificación y medida se consideró “*clearly irrelevant*” for these purposes. Las cartillas pretendían asistir, con comida, a las familias con menos recursos y la clasificación tenía por objetivo, objetivo que se consideró inconstitucional, no permitir que las comunas de *hippies* se vieran beneficiadas.

⁹⁸ Por ejemplo, se aplica en los casos en que el estado restrinja derechos relacionados con la “*privacy cluster of marriage, child-bearing, and child-rearing*” como las restricciones sobre el derecho a usar anticonceptivos.

⁹⁹ En *Plessy v. Ferguson* 163 US 537 (1896) se permitió una segregación, en los trenes entre blancos y negros, en base a que era “*separate but equal*”. Esta doctrina fue totalmente rechazada a partir de los casos *Brown* y en concreto a partir del caso *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954) -el otro caso *Brown* es *Brown v. Board of Education* 349 US 295 (1955) y en el se pasa a analizar la aplicación para que no se segregue a los niños y niñas en base a la raza. La separación pero en iguales condiciones es inconstitucional y no pasa el *strict scrutiny*. Recordamos que en *Brown* lo que sucede es que a los niños

consideran “derechos fundamentales”, para este fin, el derecho a votar y a ser un candidato, el derecho a acceder a los tribunales y el derecho a viajar entre los estados. También se aplica el *strict scrutiny* en relación a la *freedom of expresión* cuando el *government* la regula *in a content-based way*. Es decir, si el *government* restringe un *speech* pero no otros, basándose en el contenido del mensaje. El mismo criterio se aplica a la libertad de asociación. Por último, se aplica el *strict scrutiny* en relación a la *freedom of religion* y al ejercicio libre de la libertad religiosa. En este caso la Corte Suprema es muy estricta y se aplica el *strict scrutiny* incluso en los casos en los que el *government* no tenía intención de restringir la libertad religiosa pero el resultado la acaba afectando¹⁰⁰.

Volviendo al principio de proporcionalidad en España creemos importante reflexionar sobre la cuestión de la necesidad en relación al mismo requisito establecido en Estados Unidos para el *strict scrutiny*. Sorprende que uno de los elementos de la proporcionalidad en España sea asimismo un requisito del *strict scrutiny*. Básicamente porque si en España realmente se aplica la necesidad con el mismo entusiasmo que en Estados Unidos entonces la norma casi nunca pasaría este control. En cambio, esto no es lo que ocurre en España. Hasta hoy sólo dos casos no han pasado este control de necesidad (SSTC 76/1996 y 207/1996)¹⁰¹. Pero aún así, dejando de lado esta observación sí que creemos que lo interesante sería que en España se estableciera de manera rigurosa quién debe probar esa necesidad en cada uno de los tests. De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español puede deducirse que el requisito de la necesidad en España no es tan estricto como en Estados Unidos aunque

negros no les dejaban inscribirse en escuelas de niños blancos. Otro caso peculiar, para ser exactos lo peculiar era la ley de Virginia, es aquel en que una ley de Virginia prohibía los matrimonios interraciales. Loving un blanco que se casa con una negra es sancionado por el estado de Virginia. La norma del estado no pasa, tampoco y como no, el *strict scrutiny* (*Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967) – Por no hablar de la ley de Florida que prohibía la cohabitación de parejas no casadas de diferentes razas, mientras que no se perseguía si eran de la misma raza. Tampoco esta ley pasó el *strict scrutiny* (*McLaughlin v. Florida*, 379 US 184 (1964)). Podríamos continuar con decenas de casos como éstos en que leyes norteamericanas discriminaban a las personas por su raza. En casi todos los casos no pasaron el *strict scrutiny*. Si pasan, como es sabido, el *strict scrutiny* algunos casos en los que se pretende implementar una *affirmative action* –pero no todos, ya que es importante probar, el que regule, que existía previamente una discriminación que va a ser corregida (*Richmond v. J.A. Croson Co.* 488 US 469 (1989)).

¹⁰⁰ Y lo mismo ocurre con la categoría sospechosa en la *equal protection*. Una norma que acaba discriminando a los negros (que pretenden entrar en el cuerpo de policía) ni que *on its face* parezca que no va a discriminarlos, es inconstitucional (*Washington v. Davis*, 426 US 229 (1976)).

¹⁰¹ Nos referimos a la sentencia 76/1996 (en la que se determina que la comunicación previa de los recursos contencioso-administrativos no es necesaria, no es imprescindible como requisito insubsanable para facilitar la resolución de los mismos); y a la sentencia 207/1996 (en la que se establece que la extracción de cabellos a un policía para comprobar si es drogadoicto es excesiva, innecesaria, para determinar su participación en un delito de cohecho).

el enunciado, y en principio el contenido, sea el mismo. Esto no tiene que ser necesariamente un inconveniente pero sí que debe tenerse en cuenta a la hora de analizar el principio de proporcionalidad en España.

Lo realmente relevante es que en España no se ha fijado quién debe probar la necesidad de la norma o la falta de necesidad. Nosotros opinamos que en relación al derecho de propiedad debería ser los recurrentes los que tengan que probar la falta de necesidad. Si fuera así, el principio de proporcionalidad, nos parecería óptimo.

El requisito de la necesidad en España ha servido para reconocer que existen unos límites al poder de regular, en la delimitación de la propiedad privada, y ello, para nuestro análisis es importante. Ahora bien, como venimos apuntando, en España en cuanto al control de la necesidad que afecte al legislador el juicio de la necesidad sólo censura los sacrificios “patentemente innecesarios de los derechos constitucionales” --o en el derecho penal, los “derroches inútiles de coacción”--estableciendo que para que la norma fuera considerada no necesaria debía haber una alternativa “palmariamente menos gravosa” que la impugnada (González Beilfuss, 2001).

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, el tercer elemento del principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional lo ha interpretado como un deber para que la norma sea equilibrada en el sentido que de la misma se deriven más ventajas que inconvenientes sobre otros bienes en conflicto¹⁰². Salta a la vista que un análisis de este tipo no es fácil de clarificar¹⁰³. Si acudiéramos a la doctrina norteamericana de la “Escuela de Chicago” – Posner¹⁰⁴, Coase¹⁰⁵,... -- debería interpretarse desde una perspectiva económica. Pero como apunta Tribe (2001), con quien estamos de acuerdo, el

¹⁰² Javier Barnes propone como ejemplo de la inobservancia de este requisito el caso en que la pérdida de un derecho por inobservancia de una formalidad menor (1998: 18). Normalmente se aplica este criterio, que no se supera, en los casos, nos referimos a otras jurisdicciones, de acceso a la jurisdicción y al recurso que el mismo autor cita. En España, como muestra de no superación de este criterio, y sobre este tema --sobre comunicación previa en el proceso... -- están los casos SSTC 152/1996, FJ 2 y 76/1996, FJ 4.

¹⁰³ Ya hemos aludido a la crítica que realiza Jiménez Campo (1996) a un juicio basado en las “pérdidas” y “ganancias” que a su juicio es refutable y opinable.

¹⁰⁴ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977); y R. A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1990).

¹⁰⁵ R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *J.L. & Econ.* 3 (1960) 1-ss.

control de constitucionalidad va más allá de un mero examen economicista. La Constitución es neutral¹⁰⁶ en cuanto a intereses económicos, no puede defenderse que la Constitución haya establecido un tipo determinado de políticas económicas.

En España, el Tribunal Constitucional ha confundido, en ocasiones, la estricta proporcionalidad con el requisito de la necesidad. La doctrina ha hecho propuestas para dilucidarlo, como el test de la densidad del control respecto al legislador pero en el fondo la equiparación entre proporcionalidad estricta y necesidad ha llevado a que el subprincipio proporcionalidad en sentido estricto se haya aplicado también en contadas ocasiones (González Beilfuss, 2001: 23-28)¹⁰⁷.

La jurisprudencia constitucional ha aludido directamente al principio de proporcionalidad en más de una ocasión pero no siempre de manera consistente. Unas veces lo aplica sin mencionarlo y otras lo cita pero no lo emplea realmente -o para ser más correctos, lo emplea a su manera. En suma, otra de las características de este principio, tal y como declaran la mayoría de autores, es su escasa formalización¹⁰⁸. Hasta 1995, con la sentencia 66/1995 - en la que fue Ponente Carles Viver i Pi Sunyer), no se formaliza un poco este principio (aunque si se nombre en la sentencias 149/1989 en la que se limita la propiedad en base al medio ambiente y en la sentencias 62/1982 y 26 /1981) con el

¹⁰⁶ Laurence Tribe basa el concepto de neutralidad en distintos aspectos y decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos (así como en otros casos de tribunales inferiores a ésta). En cuanto a los requerimientos de la neutralidad están los casos: *Romer v. Evans* (517 US 620 (1996)); *Saenz v. Roe* (526 US 489 (1999)); *Village of Willowbrook v. Olech* (528 US 562, 120 S Ct. 1073 (2000)) - en relación a los ingredientes de este "derecho", del derecho a ser tratado de manera igual-y *Regan v. TWR* (461 US 540 (1983)); *FCC v. League of Women Voters* (468 US 364 (1984)); *LAPD v. United Reporting* (528 US 32 (1999)); y *Legal Services Corp v. Velazquez* (531 US 533, 121 S Ct 1043 (2001)). Por otro lado, la vinculación de la neutralidad al contexto se encuentra especificada en los casos: *United States v. O'Brien* (391 US 367 (1968)); *Clark v. Community for Creative Non-Violence* (468 US 288 (1984)); *Cf. Barnes v. Glen Theatre, Inc* (501 US 560 (1991) (Scalia concurring); *Cohen v. Cowles Media* (501 US 663 (1991)); *Employment Div., Department of Human Resources v. Smith* (494 US 872 (1990)); *Mitchell v. Helms*, 120 S Ct. 2530 (2000)); *Good News Club v. Milford Central School District*, 121 S Ct. 2093 (2001)); y *Heffron v. ISKCON (Int'l Soc. For Krishna Consciousness)* (452 US 640 (1981)) L.H. Tribe, "Advanced Constitutional Law: The Court and the Constitution at the Turn of the Millennium" (Class Lectures Materials, Harvard Law School, 2001-2002). Estos materiales, así como los comentarios a éstos - las clases- se encuentran también documentados en vídeo en la Escuela de Derecho de Harvard.

¹⁰⁷ Sólo en dos supuestos se ha aplicado este subprincipio (STC 76/1996, sobre la comunicación previa de los recursos contencioso-administrativos y STC 136/1999, sobre la Mesa Nacional de HB, en el que se considera desproporcionado el delito de colaboración con banda armada si no existe una previsión legal que permita al juez modular la pena a las concretas conductas sancionadas).

¹⁰⁸ La indeterminación del contenido normativo del principio de proporcionalidad derivó, en un inicio, en una escaso control de las normas analizadas que se tradujo en un número reducido de sentencias estimatorias (tan sólo lo fueron las sentencias SSTC 3 /1983, 178/1985 y 141/1988).

requerimiento de los tres requisitos ya mencionados. Este test se ve continuado de forma inmediata en la STC 55/1996, que acaba siendo el *leading case* en materia del principio de proporcionalidad (Medina Guerrero, 1998: 121). En un inicio, este principio se relaciona con el artículo 14 CE¹⁰⁹ y con el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque en todo caso no existe una concepción clara sobre el mismo y a veces se confunde con el de test de la razonabilidad, el de la interdicción de la arbitrariedad, con el mismo principio de igualdad y con el límite del contenido esencial (González Beilfuss, 2001: 12-14; y Medina Campo, 1998: 121)¹¹⁰.

En la sentencia 66/1995, en la que se cuestiona la prohibición de una concentración de trabajadores de banca en pleno centro de Madrid, se emplea el principio de proporcionalidad, por primera vez, formalmente¹¹¹. Desde entonces la aplicación de este principio ha sido cuestionado desde distintos flancos. Por una parte, se teme su aplicación mecánica; por otra, su escasa formalización que ha llevado a que en la práctica normalmente las regulaciones pasen este test. Recapitulando, tal y como señala González Beilfuss, a cuyo trabajo nos remitimos y en especial a las propuestas que realiza para depurar un poco más este principio, es preciso que se formalice este principio y que se distinga de otros, para hacerlo realmente útil, que lo puede ser.

Aquí se defiende que este juicio puede ser un punto de partida pero se rechaza como única solución. Creemos, que este juicio no ha sido del todo depurado por parte del Tribunal Constitucional y que su falta de claridad lo hace, en más de una ocasión, inútil. De todos modos, se insiste en el hecho que el principio de proporcionalidad es un criterio ineludible pero a éste debe añadirse otros elementos como el de la carga de la prueba¹¹². Es decir, quién debe probar que la norma es

¹⁰⁹ A juicio de Medina Guerrero en el marco del art. 14 CE, el juicio de la proporcionalidad queda reducido a un control de la proporcionalidad en sentido estricto (1998: 121).

¹¹⁰ Vean la descripción que realizan estos dos autores sobre la evolución y configuración, con sus contradicciones, del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

¹¹¹ Después también lo hicieron las SSTC 55/1996, sobre el régimen penal de la prestación social substitutoria, la 207/1996, relativa a la extracción de cabellos de un guardia civil para comprobar si había participado en un delito de cohecho, y la 161/1997, sobre si era preciso someter a un ciudadano a un test de alcoholemia, la 37/1998 que enjuicio si era preciso filmar a un piquete informativo del sindicato LAB por parte de la *Ertzaintza*, la 69/1999, que cuestiona si era realmente necesario entrar en un local de una empresa y precintar equipos radioeléctricos y la 136/1999 relativa a la Mesa Nacional de HB.

¹¹² De hecho defensores del principio de proporcionalidad, como Medina Guerrero (1998), precisan que este principio no puede emplearse aisladamente.

desproporcionada. Por otro lado, no acabamos de entender la utilización de los tres elementos del juicio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional y en concreto el requisito de la necesidad. Como ya se ha apuntado, el juicio de proporcionalidad se divide en tres apartados, el de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. El elemento que ha presentado mayores problemas es el de la necesidad. En principio este criterio implica que la norma debe ser necesaria y que no debe haber una manera menos lesiva para los derechos para conseguir el mismo fin. Opinamos que el empleo de este test por parte del Tribunal Constitucional, desde una óptica “americanizada”, tenemos que reconocerlo, es inadecuada o por lo menos confusa. El Tribunal Constitucional aludiendo al principio de proporcionalidad y en concreto a la cláusula de la necesidad casi nunca ha declarado inconstitucionales normas que regulaban un derecho en base a que no existía

La crítica que hacemos nosotros es la siguiente: la cláusula de la necesidad es un test empleado en Estados Unidos para el *strict scrutiny*. Así, a menos que realmente no exista una manera menos lesiva para los derechos para conseguir el mismo fin la norma se constitucional. Consiguientemente, en Estados Unidos, la mayoría de regulaciones no pasan el test de la necesidad. Para ser más exactos la clave, a nuestro entender, del test de la necesidad, es el de la carga de la prueba. En España, en cambio, la mayoría de regulaciones pasan el test de la necesidad.

Sin embargo, a pesar de lo afirmado hasta aquí, consideramos que este principio puede aplicarse al análisis de una limitación o delimitación del derecho de propiedad¹¹³. Tal y como apunta Medina Guerrero, el principio de proporcionalidad “no sólo no excluye u obstaculiza el análisis dogmático sobre el alcance del derecho, sino que, de hecho, presupone la necesidad de comenzar precisamente procediendo a su delimitación” (1996: 137). Este principio no es un canon de constitucionalidad autónomo, sino que debe tener en cuenta otros preceptos constitucionales (STC 55/1996, FJ 3)¹¹⁴. Consiguientemente, y ello lo aplicamos a la regulación de la propiedad, este test puede y debe combinarse con otras garantías como el del contenido esencial del derecho. El problema reside,

¹¹³ También recordamos que este es un principio que se aplica tan sólo cuando se imponga una carga o gravamen a un propietario. Aquella persona que obtenga una ventaja de la regulación no puede alegar un trato desproporcionado.

¹¹⁴ Barnés lo denomina como un principio de “carácter relativo” (1998: 17). Ahora bien, debe precisarse que este requisito relacional lo interpreta en el sentido que deben compararse dos magnitudes: la relación entre medios y fin. Asimismo, el autor escribe que del principio no pueden desprenderse prohibiciones abstractas o absolutas, de antemano.

opinamos nosotros, no en el principio de proporcionalidad, sino en su aplicación, y en la falta de formalización en su aplicación, como venimos apuntando. Existe un temor a que este principio se acabe aplicando de manera automática sin entrar en otras reflexiones jurídico-constitucionales tal y como precisa el mismo Magistrado Viver i Pi Sunyer, defensor de este principio, en la STC 161/1997, FJ 11: “ya hemos dicho que el control de este Tribunal Constitucional “tiene un alcance y una intensidad muy limitadas”, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son insitucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido”. En otras palabras, el principio de proporcionalidad no puede otorgar un papel enjuiciador de antemano al Tribunal Constitucional sobre el trabajo del legislador ya que éste no le corresponde. En suma, debe respetarse el margen de maniobra del legislador. El principio tan sólo debe inspirar e informar la tarea del legislador (Barnes, 1998: 27).

Medina Guerrero escribe que el principio de proporcionalidad en realidad, otorga una garantía al legislador ya que éste implica un límite para el Tribunal Constitucional que deberá emplearlo como canon de constitucionalidad. Este principio no es sólo una técnica de control del legislador, sino, que es asimismo un instrumento de control del propio juez constitucional (1998: 139-141). Por lo tanto, precisa, cuanto menos formalizado esté este principio, más margen de maniobra tendrá el Tribunal. La depuración de este principio, aquí también coincidimos con Medina Guerrero (1998) y con González Beilfuss (2001), permitirá encauzar, y lo que es más importante, predeterminar, la argumentación del juez constitucional. Recapitulando, este principio no constituye un instrumento para imponer el propio y legítimo concepto de lo que es o no proporcionado, no es un juicio en positivo, sino que tan sólo “sirve” para anular aquellas regulaciones que sean desproporcionadas.

Para Barnes, el principio de proporcionalidad es irrenunciable en el examen de los derechos fundamentales – y ello lo trasladamos a la regulación de la propiedad. A su juicio, un adecuado manejo de este principio, permite un uso equilibrado y eficaz, así como “una reducción de las posibilidades de invasión de la esfera reservada a los demás poderes o de prestación de una tutela deficiente de los derechos y libertades frente a la injerencia” (1998: 34-35).

Aunque nosotros adoptemos el principio de proporcionalidad para el control de los límites a los límites¹¹⁵ de la propiedad, no podemos olvidar que para saber cuándo una regulación de la propiedad va demasiado lejos deberán tenerse en cuenta otros criterios y tests¹¹⁶. Ya hemos defendido aquí la “idoneidad” del *balancing test* y del límite del contenido esencial¹¹⁷ con sus “peros”. Estos tests, junto con el de la racionalidad, el de igualdad y el de la interdicción de la arbitrariedad, creemos, deben determinar si una regulación es o no constitucional. En los apartados anteriores, sobre Alemania y Estados Unidos, ya describimos la distinción entre proporcionalidad y ponderación de bienes e intereses (*balancing test*). Aquí añadimos algunos apuntes a la definición sobre el *balancing test* (ponderación de bienes e intereses). Recordamos que en el *balancing test* lo que se realiza es un análisis comparativo entre los diversos bienes, derechos o valores jurídicos, establecidos en la Constitución. La ponderación, es relevante para examinar las regulaciones de la propiedad; sin embargo, es un tipo de test más amplio, que admite distintas perspectivas. Por otro lado, el juicio de la proporcionalidad es una de las modalidades del test anterior que se limita a ver si existe una relación razonable entre costes y beneficios. Según Barnes, el juicio de la proporcionalidad, es una especie o variante de la ponderación de bienes e intereses (1998: 35). A ello nosotros añadimos que más que una variante se trata de una precisión más dentro de los otros exámenes que deberá realizar el Tribunal Constitucional en relación a las regulaciones de la propiedad.

Cuando exista una colisión de derechos --i.e.: restricción de la propiedad (medio) en beneficio de otros (fin)--, la proporcionalidad es un criterio más de ponderación. En suma, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifiquen inútilmente, más allá de lo que sea estrictamente necesario o

¹¹⁵ Utilizamos aquí la expresión de L. Aguiar de Luque a cuyo trabajo nos remitimos: L. Aguiar de Luque, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 14 (1993) 9-34.

¹¹⁶ Partimos así, de la afirmación de F. Fernández Segado, del carácter limitado de los derechos; o dicho de otra manera, de la posibilidad de delimitación por parte del legislador de éstos (F. Fernández Segado, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *REDC* 39 (1993) 195-247). Vean también: M. Borowski, “La restricción de los derechos fundamentales”, *REDC* 59 (2000) 29-56; y su exposición sobre la distinción entre derechos limitables y no limitables, así como el papel de la teoría general de los derechos fundamentales como derechos limitables.

¹¹⁷ Barnes apunta que en el control de constitucionalidad de las leyes el principio de proporcionalidad representa un límite externo más a la actividad limitadora – delimitadora diremos nosotros--, mientras que el contenido esencial se sitúa entre los límites internos. A ello añade, con lo que coincidimos, que a pesar de que la proporcionalidad es también un control material, ésta no suplantada la técnica del contenido esencial, la principal garantía sustantiva, a su juicio, de los derechos constitucionales. Una cosa es que la medida sea proporcionada y legítima y otra que sea también respetuosa con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho (1998: 42).

de forma desequilibrada, un derecho a favor de otro. Esto, si se aplica al derecho de propiedad, sin embargo, debe matizarse ya que, como es sabido, a su vez este derecho lleva implícito el requisito de la función social.

Otras decisiones constitucionales sobre la regulación de la propiedad y los límites a ésta, han aludido al juicio de la razonabilidad o al de la interdicción de la arbitrariedad¹¹⁸. Hemos insistido ya en que la jurisprudencia española no ha sido consistente respecto a la regulación de la propiedad. Ésta no ha seguido criterios coherentes o constantes, lo que ha dificultado establecer cuándo una regulación iba demasiado lejos y en base a qué argumentos. En general, sin embargo, a pesar de que en ocasiones se ha aludido al principio de proporcionalidad, el criterio empleado ha sido el de no arbitrariedad. Es decir, si la norma – la regulación de la propiedad-- no era manifiestamente arbitraria, ésta se mantenía y se consideraba constitucional. De lo que deducimos que – esto es una opinión personal ya que el Tribunal Constitucional no hace mención expresa a ello—la carga de la prueba recaía en los recurrentes de la norma.

El juicio de la razonabilidad también se ha aplicado en el análisis de las regulaciones de la propiedad; sin embargo, tampoco queda claro – en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que nos parece confusa—qué se entiende realmente por razonabilidad (Carrasco Perera, 1984). La razonabilidad de la intervención pública puede entenderse, deducimos, como un juicio de razonabilidad de la medida en sí, si esta es racional; mientras que en el juicio de la proporcionalidad se hace un examen, no en abstracto, sino de relación (entre medios y fin). Tal y como apunta Barnes, la irrazonabilidad lo es *per se*, mientras que la desproporción lo es *per relationem* (1998: 37)¹¹⁹. Pero en fin, no vamos a detenernos aquí en un análisis extenso de tan complejos principios. Tan sólo los mencionaremos cuando sea preciso para el examen de la regulación de la propiedad.

En conclusión, y tal y como se apunta en la STC 50/1995, respecto a la regulación de un derecho

¹¹⁸ Vid.: T-R. Fernandez, *Arbitrariedad y discrecionalidad* 1ª ed. (Madrid, España: Civitas, 1991); T-R. Fernandez, *De la arbitrariedad de la administración* 3ª ed. (Madrid, España: Civitas, 1999); y T-R. Fernandez, *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional* 1ª ed. (Madrid, España: Civitas, 1998).

¹¹⁹ A. Carrasco Perera, “El Juicio de “razonabilidad” en la justicia constitucional”, *REDC* 11 (1984) 59-ss.

debe examinarse: si la finalidad perseguida por la regulación que limite el derecho es legítima y motivada; si se ha respetado el contenido esencial del derecho, que es intangible; y si la intervención era necesaria, si se respeta el principio de proporcionalidad. Cada una de estas garantías deberá ser respetada. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta otros criterios, el de la no arbitrariedad y el de la razonabilidad.

En España el juicio de proporcionalidad en relación al derecho de propiedad se ha aplicado por parte del Tribunal Constitucional, de manera notoria en dos supuestos: los casos Rumasa, y el caso sobre la Ley de Aguas. En Rumasa el Tribunal Constitucional, considera que la expropiación singular es proporcionada debido a la imperiosa necesidad existente – evitar riesgos al sector financiero (STC 166/1986) y en la Ley de Aguas, el Tribunal Constitucional, y aquí sí que estamos ya ante un caso sobre delimitación del derecho de propiedad, entiende que la demanialización de todas las aguas no es desproporcionada ya que existe un interés y una necesidad mayor, que es preservar el agua potable y de regadío del país (STC 227/1988).

A continuación describimos, brevemente – ya que ya hemos explicado las decisiones en los capítulos previos—la aplicación del principio de proporcionalidad en España en relación a la delimitación del derecho de propiedad, así como los otros tests y criterios empleados – sin entrar en los ya descritos previos (como el tests de la disminución del valor o el de la invasión física). Recordamos, sin embargo, que la jurisprudencia española es confusa y que normalmente no se ha hecho referencia de manera directa a un test u otro, o que más de un test se ha solapado. En fin, un auténtico galimatías. No obstante, nos atrevemos a intentar ordenarlo un poco con el fin de que en un futuro pueda existir ya una visión un poco más formalizada, y previsible, de lo que es el control de la regulación de la propiedad privada para determinar si ésta es excesiva. Se empieza aquí por el control del límite al contenido esencial y se acaba con el principio de proporcionalidad y el requisito de la carga de la prueba, la gran ausente.

2. 2. EL LÍMITE DEL CONTENIDO ESENCIAL.

En cuanto a los criterios interpretativos empleados por los tribunales españoles se recuerda que el Tribunal Constitucional entiende que existe un mandato para los poderes públicos, y en concreto para el legislador para proteger y garantizar los intereses que forman parte del contenido esencial del derecho

de propiedad privada y de su función social (STC 37/1987, de 14 de abril, FJ 2). Aunque el orden varíe en cada caso a grandes rasgos se recuerda que estos intereses y derechos son – nos basamos en la jurisprudencia descrita hasta aquí-- los reconocidos en los artículos 128.1, 40, 45, 47 y 130 de la Constitución.

El medio ambiente, el artículo 45 de la Constitución, forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad. Consiguientemente, 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. Las limitaciones del derecho de propiedad que introduce la Ley madrileña de creación de un parque natural, 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. Asimismo, estaremos ante un caso 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 derecho¹²⁰. 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)¹²¹.

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 otra – 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,

¹²⁰ El Tribunal Constitucional plantea la cuestión a la inversa pero el resultado es el mismo: La previsión legal de que sólo son *indemnizables* aquellas vinculaciones o limitaciones de derechos que sobrepasen la barrera del uso tradicional y consolidado del bien, no supone una invasión del contenido esencial de los derechos, sino una delimitación de ese contenido, en el que se incluye, tanto respecto de la propiedad como de otros derechos patrimoniales, la función social que deben cumplir (STC 170/1989, FJ 8 b).

¹²¹ 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» .

“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)¹²².

En suma, 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. Cualquier examen en base al límite del contenido esencial deberá tener en cuenta estos aspectos, y en especial los medioambientales.

También el juicio basado en el contenido esencial se aplica en la delimitación del contenido esencial del derecho de propiedad sobre suelo urbano. Esta propiedad 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.

Las limitaciones impuestas en la realización de cortas --en este caso se pretende y se prohíbe taladrar un bosque para plantar eucaliptos-- que se imponen en beneficio de la continuidad de la riqueza forestal, no suponen una violación o injusta limitación del derecho de propiedad. La función social de la propiedad forestal, de los montes, radica en que ésta se conserve, es decir en criterios medioambientales. El derecho de propiedad forestal no es ilimitado.

¹²² Ante los casos concretos pues, lo que deberá hacerse es, caso por caso, valorarse esa circunstancia por la autoridad competente, sin perjuicio de la facultad de revisión que los órganos judiciales posean de esas decisiones (STC 170/1989, FJ 8 b). Como ya se ha dicho, el Tribunal Constitucional desestima el recurso.

El Tribunal Supremo recuerda que el “derecho de propiedad sobre los montes no tiene carácter ilimitado” su contenido debe adecuarse a la función social y que por ello: “Las limitaciones impuestas en la realización de cortas que se ha hecho en beneficio de la continuidad de la riqueza forestal, no suponen una violación o injusta limitación del derecho de propiedad, ni contradicen ningún principio básico de la legislación estatal” (sentencia de 16 de septiembre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 4^a) (FJ 4))¹²³. Es decir, La función social de la propiedad forestal, de los montes, radica en que ésta se conserve, en criterios medioambientales.

También 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 objetivo¹²⁴.

¹²³ En la sentencia de 16 de septiembre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 4^a) se contesta también una sentencia del TSJ de Catalunya de 19 de marzo de 1992 que gira asimismo alrededor de una autorización por la corta de árboles siendo parte apelada el Departamento de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalitat de Catalunya. La recurrente Doña Margarita TA quería una autorización para talar 18 hectáreas de árboles en su finca. Ésa le fue denegada. La propietaria también quería plantar eucaliptos. En el antecedente segundo el Tribunal Supremo ya puntualiza que la negación de la autorización para la tala no vulnera en absoluto el artículo 33 de la Constitución y mas si se tiene en cuenta la función social de la propiedad que tal precepto garantiza y lo que disponen los artículos 128.1 y 45 CE que deben aplicarse al caso. El fundamento jurídico cuarto dispone que teniendo en cuenta todo lo expuesto (que gira entorno a lo ya descrito en los antecedentes), se entiende que el derecho de propiedad constitucionalmente reconocido no ha sido en absoluto vulnerado (sentencia de 16 de septiembre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 4^a) (FJ 4)).

¹²⁴ La Constitución no define el urbanismo, pero de acuerdo con el Tribunal Constitucional, sí 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'¹²⁴. 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)

Evidentemente, el derecho de propiedad urbana, y en concreto el derecho a edificar, tiene carácter temporal¹²⁵ 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 derecho¹²⁶. 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). En consecuencia, es el planeamiento urbanístico el que otorga facultades urbanizadoras y edificatorias, de acuerdo con la Ley (la LRSV), para cada clase de suelo (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 8))¹²⁷.

Así, 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 indemnizará¹²⁸.

¹²⁵ “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)).

¹²⁶ 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)).

¹²⁷ El Tribunal Constitucional subraya que el planeamiento urbanístico, en el contexto del art. 2.1 LRSV, es cualquier instrumento de ordenación urbanística que permita, en cada concreta ciudad, el ejercicio de las facultades urbanizadoras y edificatorias establecidas por la LRSV para cada clase de suelo (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 8)).

¹²⁸ El art. 20 LRSV establece: “1. Los propietarios del suelo clasificado como no urbanizable tendrán derecho a usar,

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 conforme a la Constitución que no vulnera el límite del contenido esencial¹²⁹.

La clasificación del suelo no urbanizable común es (a diferencia del suelo no urbanizable de especial protección) una decisión urbanística no condicionada por la LRSV: Son los órganos urbanísticos, locales o autonómicos, los que determinan qué parte del suelo municipal es urbanizable y qué parte es no urbanizable común. La decisión en un sentido o en otro delimita el derecho de propiedad urbana y condiciona su uso de manera muy distinta (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 32)).

2. 3. EL CRITERIO DE RAZONABILIDAD Y EL USO RAZONABLE DE LA PROPIEDAD.

La función social del derecho de propiedad urbana comprende conseguir una propiedad urbana razonable no especulativa (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 6) a)). Es una delimitación constitucional y *razonable* del derecho de propiedad urbana la regulación que establece que

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". De todas maneras el artículo establece una excepción que de hecho no constituye un derecho, si no una excepción justificada por el interés público: "Excepcionalmente, a través del procedimiento previsto en la legislación urbanística, podrán autorizarse actuaciones específicas de interés público, previa justificación de que no concurren las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 9 de la presente Ley. 2". La Ley también prohíbe las parcelaciones urbanísticas, "sin que, en ningún caso, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza" (art. 20 LRSV). La sentencia tan sólo cuestiona la constitucionalidad del precepto desde el punto de vista competencial – que no considera vulnerado (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 31)). Entendemos que el precepto, en todos los sentidos –al no haber sido impugnado respecto a éste otros aspectos que no sean los competenciales–es constitucional y una delimitación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución.

¹²⁹ El art. 20.1, párrafo 2, LRSV tan sólo se refiere al suelo no urbanizable ordinario –que es aquel establecido en el art. 9.2 LRSV– y no al suelo no urbanizable de especial protección –aquél en que concurren las circunstancias del art. 9.1 LRSV: valores históricos, paisajísticos, ambientales, etc. Para esta subclase de suelo no urbanizable (común, ordinario o general) admite el art. 20.1, párrafo 2, LRSV ciertos usos constructivos excepcionales: aquéllos que sirven a actuaciones específicas de interés público. La expresa previsión de aquellos usos excepcionales no impide la existencia de otros usos constructivos menores que, por ser conformes "con la naturaleza de los terrenos" integren, de acuerdo con el art. 20.1, párrafo 1, LRSV, y en los términos que determinen las distintas legislaciones autonómicas, las facultades urbanísticas de los propietarios de suelo no urbanizable común.

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))¹³⁰.

En otros casos, el test de la razonabilidad se ha empleado para examinar la constitucionalidad de algunos aspectos de una ley autonómica. Primero, el Tribunal Constitucional parte de la premisa de que el derecho de propiedad privada debe ser igual en todo el Estado pero puede verse matizado por razones medioambientales --sin que por ello pueda considerarse vulnerado automáticamente el artículo 149.1.1 de la Constitución. En una reserva natural -- la Reserva de la Biosfera de Urdaibai--el derecho de propiedad frente a la Administración puede gozar de facultades más amplias -- establecidas a través

¹³⁰ El artículo 15 de la Ley dispone 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. Además, 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". El artículo es una delimitación del derecho de propiedad conforme con la Constitución (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 25)): "En efecto, también se puede interpretar que el "planeamiento de desarrollo" es, en el art. 15 LRSV, cualquier instrumento de ordenación urbanística que, al precisar los usos del suelo y cohesionarlos con la estructura general de la ciudad, configuran y hacen posible el disfrute de la propiedad urbana. Cuál sea el instrumento de ordenación urbanística en cada caso necesario vendrá establecido por la legislación urbanística, a la que expresamente se refiere el propio art. 15 LRSV. Así interpretado, el art. 15 LRSV es conforme con el orden constitucional de competencias" (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 25)). Según el art. 16.1 LRSV: "El derecho a promover la transformación del suelo urbanizable, mediante la presentación ante el Ayuntamiento del correspondiente planeamiento de desarrollo para su tramitación y aprobación, se podrá ejercer desde el momento en que el planeamiento general delimite sus ámbitos o se hayan establecido las condiciones para su desarrollo". Este precepto también contiene una delimitación del derecho de propiedad conforme a la Constitución a pesar de que esté imponiendo condiciones a su ejercicio (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 26)). El art. 16.1 LRSV por su parte precisa el alcance del derecho a promover la transformación del suelo urbanizable, previamente enunciado en el art. 15 LRSV. El derecho a promover la transformación se concreta en la facultad de presentación de un proyecto de planeamiento de desarrollo ante el Ayuntamiento. Ahora bien, la forma en que el art. 16.1 LRSV regula el derecho a la transformación del suelo no tiene amparo en la competencia estatal ex art. 149.1.1 CE. Estamos, en suma, ante una regulación que excede de las "condiciones básicas" para asegurar la igualdad de los españoles en el ejercicio de la propiedad urbana (art. 149.1.1 CE) e invade las competencias urbanísticas propias de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, debemos declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 16.1 LRSV. Pero de ahí no se desprende que estemos ante una regulación contraria al artículo 33 CE. El problema es tan sólo competencial tal y como se puede leer en la sentencia. Por lo tanto una regulación de las condiciones en ese sentido sí sería una delimitación del derecho de propiedad urbana constitucional (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 27)).

de una ley autonómica –si éstas facultades siguen permitiendo una protección del medio ambiente de acuerdo con lo básico y si ello es debido a que en la reserva de la biosfera se encuentran núcleos urbanos a los que se les tiene que asegurar un desarrollo económico también – un desarrollo sostenible (STC 156/1995)¹³¹.

En la decisión se resuelve la impugnación de las letras b) y c) del apartado 2.9 del art. 23 de la Ley vasca. Este artículo establece unos derechos de tanteo y retracto que beneficia a la Administración en todas las transmisiones onerosas de bienes y derechos que se suscitan en el presente recurso. El problema está en los plazos que en la Ley vasca son inferiores – beneficiando así a los propietarios de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai. Este artículo establece unos derechos de tanteo y retracto en todas las transmisiones onerosas de bienes y derechos relativos a los terrenos ubicados en determinadas zonas de la Reserva, que podrán ser ejercidos, por este orden, por la Administración de la Comunidad Autónoma, por la Diputación Foral de Bizkaia o por los Ayuntamientos afectados¹³². Sin embargo, la Ley vasca establece para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto unos plazos de sesenta días

¹³¹ El Parlamento Vasco intenta proteger la reserva de la biosfera de Urdaibai, situada en el valle que lleva el mismo nombre, a través de la Ley del Parlamento Vasco 5/1989, de 28 de julio, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai. El Gobierno estatal presenta un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, que es desestimado y que se resuelve en la sentencia del Tribunal Constitucional 156/1995. Los recurrentes consideran que la ley vasca no respeta el orden constitucional de competencias y, en concreto, por considerarlos contrarios a los artículos 10.3 y 39 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (LCEN), que, según su Disposición adicional quinta tienen carácter básico. La Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 10.31 y 11.1, a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV) y con la finalidad de establecer «un régimen jurídico especial para la Reserva de la Biosfera de Urdaibai, con el fin de proteger la integridad y potenciar la recuperación de la gea, flora, fauna, paisaje, aguas y atmósfera y, en definitiva, del conjunto de sus ecosistemas en razón de su interés natural, científico, educativo, cultural, recreativo y socio-económico» (art. 1). Pues como se afirma en su Exposición de Motivos «el valle y estuario de la ría de Urdaibai constituye un espacio natural muy valioso por la diversidad y originalidad de los recursos naturales» y en 1984 la zona fue designada por la UNESCO como «Reserva de la Biosfera» (STC 156/1995, FJ 2). El Tribunal Constitucional desestima las alegaciones del Abogado del Estado por muchas razones: La primera, respecto a lo que se critica en cuanto al derecho de propiedad, porque, como afirma la sentencia, el derecho de propiedad privada debe ser igual en todo el Estado pero puede verse matizado por razones medioambientales sin que por ello se pueda considerar vulnerado automáticamente el artículo 149.1.1 de la Constitución. Por consiguiente, son las peculiaridades de la zona de Urdaibai –a las que se alude también en la Exposición de Motivos– las que han llevado al Parlamento Vasco, declara el Tribunal, a no acogerse a ninguna de las figuras previstas en el art. 12 LCEN –parques, reservas naturales, monumentos naturales y paisajes protegidos– sino que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 21.2 de esa misma Ley, se ha optado por la creación de una nueva figura, la Reserva de la Biosfera. Lo que, en opinión del Letrado del Parlamento Vasco, habrá de tener sus efectos en cuanto al régimen jurídico previsto (STC 156/1995, FJ 2).

¹³² Pues bien, hasta aquí el precepto se hace eco de lo dispuesto en el art. 10.3 LCEN según el cual «la declaración de un espacio como protegido lleva aparejada (...) la facultad de la Administración competente para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, en las transmisiones onerosas intervivos de terrenos situados en el interior del mismo».

naturales [art. 23.2, b)] y de seis meses [art. 23.2, c)], respectivamente, mientras que en el art. 10.3 de la Ley estatal los plazos son de tres meses y un año (STC 156/1995, FJ 5).

Para el Abogado del Estado esta alteración de los plazos – es decir que los plazos en beneficio de los propietarios, y en contra de la protección del medio ambiente entiende éste, en la Ley vasca sean inferiores-- supone una violación de la legislación básica del Estado y, por tanto, y aunque de manera indirecta, de los núms. 1 y 23 del art. 149.1 CE. Podría ser una violación del artículo 149.1.23 porque, alega el Abogado del Estado, el plazo de ejercicio es un elemento esencial en la configuración de los derechos de adquisición preferente, del que por otra parte depende en buena medida la efectividad de este mecanismo de protección; de aquí su carácter básico. Y una violación del artículo 149.1.1 CE porque el tanteo y el retracto legal son limitaciones del dominio que pertenecen a lo que se puede denominar como «estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria» y la Ley vasca, al modificar los plazos de ejercicio de esos derechos, incide en el referido estatuto y crea un privilegio injustificado e *irrazonable* que beneficia a los propietarios de terrenos situados en el interior de la zona protegida, con lo que se alteran las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en cuanto a los límites que deban sufrir en sus derechos patrimoniales para defender y restaurar el medio ambiente (STC 156/1995, FJ 5).

El Tribunal Constitucional desestima estos argumentos del abogado del Estado y afirma que en relación precisamente con el derecho a la propiedad que reconoce el art. 33 CE, ya ha señalado que el título del art. 149.1.1 CE 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, FJ 9.9 y STC 156/1995, FJ 5)¹³³. El Tribunal Constitucional asegura que, en el presente caso, es evidente que la fijación de unos determinados plazos para el

¹³³ A ello el Tribunal Constitucional añade que: “Al Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación de su contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho” [...] “El propio tenor literal del precepto deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado territorialmente descentralizado), sino la que queda garantizada con el establecimiento de unas condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es competencia del Estado” (STC 102/1995, FJ 5).

ejercicio de unos concretos derechos de tanteo y retracto en unas zonas muy concretas del territorio nacional, como son los espacios naturales protegidos, no puede ampararse en la habilitación competencial que supone el art. 149.1.1 CE. Y, en consecuencia, los apartados b) y c) del art. 23.2 de la Ley de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai no vulneran, desde esta perspectiva, el orden constitucional de competencias (STC 156/1995, FJ 5). Es decir, el Abogado del Estado *no ha probado que la medida no fuera razonable*¹³⁴.

La denegación de autorización para la corta o tala de arbolado para repoblación con eucaliptos --en aplicación de la Ley Forestal de Catalunya de 1988 y el Reglamento de Monte-- es una delimitación del derecho de propiedad forestal constitucional en el que se vuelve a aplicar el test de la razonabilidad (sentencia de 27 de mayo de 1998, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 3))¹³⁵.

¹³⁴ Por otra parte, lo que en el fundamento sexto se cuestiona es si esta reducción de los plazos para el tanteo y retracto inciden en los derechos dominicales de los afectados. El Tribunal Constitucional estima que no. Sobre todo porque la reserva de Urdaibai es un espacio tan especial --y así ha sido declarado por la UNESCO-- que ha sido necesario crear una figura nueva, dejando la regulación de los derechos dominicales en un segundo término (STC 102/1995, FJ 6). Pues bien, en atención a dichos criterios ha de entenderse, en lo que aquí importa, que lo básico en la ordenación estatal es el establecimiento de un derecho de tanteo y retracto en favor de las Administraciones Públicas, la garantía de un conocimiento fehaciente por dichas Administraciones de las transmisiones *inter vivos* de terrenos situados en el interior de un espacio protegido y la determinación de unos plazos para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que permitan asegurar una eficaz protección del espacio por los Entes competentes. Por lo que ha de admitirse que la competencia básica del Estado en materia de protección del medio ambiente no impide que las Comunidades Autónomas determinen la concreta duración de dichos plazos siempre que ésta suponga una protección suficiente que no reduzca la eficacia de la medida en relación con el espacio natural al que se aplica (STC 156/1995, FJ 6). Ahora bien, ello no ocurre aquí, pues los plazos establecidos por el legislador vasco son lo suficientemente amplios como para permitir que realmente puedan ejercitarse los derechos de tanteo y retracto. Además, no puede desconocerse que la separación de la Ley estatal en este punto se justifica por el representante del Parlamento Vasco en las peculiaridades de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai que, como antes se ha recordado, han llevado al legislador de aquella Comunidad a crear, al amparo de lo dispuesto en el art. 21.2 LCEN, una figura específica, distinta de las previstas en el art. 12 de la misma Ley (STC 102/1995, FJ 6). Entre esas peculiaridades --y tal y como se recuerda en la Exposición de Motivos de la Ley-- está el hecho de que en la zona protegida se encuentran numerosos núcleos urbanos de población, con un importante desarrollo industrial y turístico, por lo que es necesario «armonizar el desarrollo de esta zona con la conservación de nuestro patrimonio y recursos naturales» (STC 156/1995, FJ 6). Por todo ello, como ya se ha dicho, se desestima el recurso de inconstitucionalidad.

¹³⁵ En la sentencia de 27 de mayo de 1998, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) se contesta a un recurso interpuesto contra la sentencia del TSJ de Catalunya de 4 de febrero de 1992 por denegación de autorización a la propietaria de la finca "Can Marull" para la corta o tala de arbolado para repoblación con eucaliptos de acuerdo con la Ley Forestal de Catalunya de 1988 y el Reglamento de Monte, que se aplica al caso. La Ley catalana es especialmente restrictiva respecto especies de crecimiento lento, además si se tiene en cuenta la exigencia de que el derecho de propiedad se adecue a su función social no cabe la indemnización, expresa el Tribunal, y por ello debe declararse la constitucionalidad de la Ley forestal autonómica. Por lo tanto se desestima recurso de la propietaria que quería plantar eucaliptos en el bosque catalán (sentencia de 27 de mayo de 1998, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 3)).

La fijación de la duración máxima de los aprovechamientos de agua en setenta y cinco años no es tampoco arbitraria ni engendra inseguridad jurídica a pesar de que pueda suponer una disminución de las expectativas de rentabilidad patrimonial. Esta medida también se examina desde la razonabilidad.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional apunta brevemente que, de acuerdo con lo declarado en los fundamentos anteriores, la fijación de la duración máxima de estos aprovechamientos en setenta y cinco años no es tampoco arbitraria ni engendra inseguridad jurídica, ya que, aun cuando pueda suponer una disminución de las expectativas de rentabilidad patrimonial originadas por situaciones creadas al amparo de la legislación anterior, este nuevo límite temporal es, entiende el Tribunal Constitucional, *razonable* y suficiente, a efectos de la amortización de las obras necesarias para la normal utilización de la concesión, más aún, recuerda la sentencia, si se tiene en cuenta la posibilidad de prórroga que el art. 57.6 de la propia Ley impugnada previene (STC 227/1988, FJ 11).

2. 4. EL TEST DE LA NO ARBITRARIEDAD.

El test de la no arbitrariedad se ha utilizado, a menudo, junto con el de la razonabilidad. La persona que recurra la norma es la que deberá demostrar que ésta es arbitraria, como ocurre con el *mere scurtiny*. Ejemplo de un caso en el que se aplica el criterio de la no arbitrariedad es aquél en que un agricultor canario, el propietario y el perito, demuestran que las terrazas en las islas responden a la tradición y al uso racional de la propiedad y que la negación de la autorización para obras implicaría si no arbitrariedad (Sentencia de 28 de mayo de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala Contencioso-Administrativo) (FJ 5)). Son, los que impugnen las normas y actos de los poderes públicos que delimiten el derecho de propiedad privada agraria, y la propiedad en general, los que tendrán que demostrar, como exigen los tribunales, que esa norma es arbitraria y por ende contraria a la Constitución (sentencia de 26 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ

5); y sentencia de 4 de julio de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª)¹³⁶.

El criterio de la no arbitrariedad se ha llegado a aplicar incluso en casos en que el recurrente prueba que existen medidas menos lesivas para su derecho de propiedad. Ejemplo de ello es 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). Este criterio se combina con el de la razonabilidad.

Cuando una empresa recurre¹³⁷ la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid y ésta es

¹³⁶ Para corroborar estas afirmaciones se presentan algunos ejemplos (todos ellos ya minuciosamente descritos en otros capítulos, por eso no los repetiremos): la sentencia de 26 de noviembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 5), en que se exige a las recurrentes, las propietarias, que prueben que los Decretos impugnados son contrarios a la Constitución por limitar excesivamente su derecho de propiedad privada agraria; la de 4 de julio de 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (propiedad agraria-ciervos que se comen cultivos del monte de Valdemoros-resppmsabilidad patrimonial de la Administración) en que el agricultor-propietario debe demostrar que se han producido tales daños y en todo caso que la norma de la Junta de la Junta es arbitraria y/o contraria a la Ley; la de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª), en que el propietario que ha edificado debía demostrar que las construcciones eran necesarias y que el derecho de propiedad agrícola podía variar por negligencia de la Administración y la de la AT de Cáceres de 11 de octubre de 1988 (sala contencioso administrativo) (FJ 3) en que la Audiencia 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 LEP 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. La propietaria alegaba que su finca no reunía las condiciones para ser calificada de finca manifiestamente mejorable. La Audiencia entiende que es la propietaria, quien tiene “la carga de la prueba” y que ésta no lo demuestra.

¹³⁷ La sentencia de 19 de septiembre de 1988 dictada por la Sala 3ª de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid responde a un recurso interpuesto por Dª MG y por la Sociedad Española de Drenos y Calefacciones y S. SA (SEDCS SA) contra el Plan Parcial de Ordenación Urbana de Madrid. El nuevo Plan determina que la finca de propiedad de la empresa “Casa F”, que en el anterior planeamiento venía calificada como “zona de industria existente”, ha pasado a tener consideración de “suelo no urbanizable protegido de zona verde”, al tiempo que se recalifican como suelo industrial los terrenos del polígono de Pinot-Estación, que tenían la consideración de zona verde desde el Plan Parcial de 1978. La empresa recurrente basa la impugnación en el hecho que será difícil para los ciudadanos acceder a la zona verde ya que ésta se encuentra al otro lado de la vía de ferrocarril y que por lo que respecta a ella, no va a poder expendirse económicamente. La empresa pues defiende que hubiese sido más lógico establecer otro tipo de clarificación. La Audiencia entiende que no es interés del propietario el que debe definir cuál es la calificación más adecuada si no el de los vecinos (sentencia de 19 de septiembre de

contestado por la sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª)¹³⁸ que en su fundamento jurídico cuarto dispone, respecto a las alegaciones de la empresa, que ésta debía probar la ilegalidad del Plan, por irracionalidad, o arbitrariedad. El plan, concluye el Tribunal Supremo, es ajustado a Derecho y en cada calificación responde a los intereses correspondientes adecuándose al terreno (sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) (FJ 4).

Además, el criterio de la no arbitrariedad, se aplica con cierta flexibilidad. Se ha llegado a decir que mientras una regulación “no sea del todo arbitraria”, la norma será legítima. 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 verde¹³⁹, 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)).

La sentencia del Tribunal Supremo (sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª)) responde a un recurso de la empresa contra la sentencia de la Audiencia Territorial de

1988 dictada por la Sala 3ª de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid (FJ 10)).

¹³⁸ La AT de Madrid dispone que a pesar de que comprende las razones de la recurrente y entiende sus legítimos intereses económicos, declara que el Plan no es contrario al principio de distribución equitativa de las cargas (como defendía la recurrente a raíz de la “permuta” de calificaciones) y en general que éste no es contrario a Derecho. Aquí simplemente, comenta la Audiencia Territorial, estamos ante una situación de conflictos entre intereses singulares y las previsiones del planeamiento como concreción autorizada de los intereses generales de la comunidad de vecinos de Pinto, “confrontación que no puede sino resolverse en favor de estos últimos [los vecinos]” (sentencia de 19 de septiembre de 1988 dictada por la Sala 3ª de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid (FJ 10)).

¹³⁹ La sentencia de 19 de septiembre de 1988 dictada por la Sala 3ª de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid responde a un recurso interpuesto por Dª MG y por la Sociedad Española de Drenos y Calefacciones y S. SA (SEDCS SA) contra el Plan Parcial de Ordenación Urbana de Madrid. El nuevo Plan determina que la finca de propiedad de la empresa “Casa F”, que en el anterior planeamiento venía calificada como “zona de industria existente”, ha pasado a tener consideración de “suelo no urbanizable protegido de zona verde”, al tiempo que se recalifican como suelo industrial los terrenos del polígono de Pinot-Estación, que tenían la consideración de zona verde desde el Plan Parcial de 1978.

Madrid¹⁴⁰. El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico cuarto dispone, respecto a las alegaciones de la empresa, que ésta debía probar la ilegalidad del Plan, por irracionalidad, o arbitrariedad. El plan, concluye el Tribunal Supremo, es ajustado a Derecho y en cada calificación responde a los intereses correspondientes adecuándose al terreno (sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) (FJ 4).

Otro caso en que se exige al recurrente que pruebe la arbitrariedad es aquel en que 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 o irracional¹⁴¹.

La carga de la prueba – demostrar que la norma es arbitraria o irracional – recae en el recurrente incluso cuando estamos ante una ley. Para que la regulación del derecho de propiedad – Ley en este caso – sea declarada inconstitucional el recurrente deberá demostrar que ésta es arbitraria. Una delimitación del derecho de propiedad no es arbitraria por el simple hecho de que hubieran habido maneras menos lesivas para con los derechos patrimoniales para establecerla (STC 227/1988, FJ 7).

Los recurrentes hacen todo lo posible para intentar demostrar que la Ley de Aguas de 1985 incurre en arbitrariedad. Éstos basan sus argumentos en dos motivos (STC 227/1988, FJ 7): A su juicio la Ley

¹⁴⁰ La empresa recurrente basa la impugnación en el hecho que será difícil para los ciudadanos acceder a la zona verde ya que ésta se encuentra al otro lado de la vía de ferrocarril y que por lo que respecta a ella, no va a poder expendirse económicamente. La empresa pues defiende que hubiese sido más lógico establecer otro tipo de clarificación. La Audiencia entiende que no es interés del propietario el que debe definir cuál es la calificación más adecuada si no el de los vecinos. La AT de Madrid dispone que a pesar de que comprende las razones de la recurrente y entiende sus legítimos intereses económicos, declara que el Plan no es contrario al principio de distribución equitativa de las cargas (como defendía la recurrente a raíz de la “permuta” de calificaciones) y en general que éste no es contrario a Derecho. Aquí simplemente, comenta la Audiencia Territorial, estamos ante una situación de conflictos entre intereses singulares y las previsiones del planeamiento como concreción autorizada de los intereses generales de la comunidad de vecinos de Pinto, “confrontación que no puede sino resolverse en favor de estos últimos [los vecinos]” (sentencia de 19 de septiembre de 1988 dictada por la Sala 3ª de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid (FJ 10)).

¹⁴¹ Los propietarios, Dª MG y por la Sociedad Española de Drenos y Calefacciones y S. SA (SEDCS SA), recurren la sentencia de 19 de septiembre de 1988 dictada por la Sala 3ª de lo contencioso administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, que cuestionaba un Plan Parcial de Ordenación Urbana. Ése recurso es respondido en apelación por la sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª). El Tribunal Supremo en el fundamento jurídico tercero establece respecto a la impugnación realizada por Doña MG --que entiende que el hecho que el Plan declara calle peatonal una manzana del casco antiguo, y que permitía el aumento de alturas es contrario al Derecho-- que: “no se ha probado en modo alguno que el trazado original sea contrario a los intereses públicos o irracional (sentencia de 10 de mayo de 1990, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) (FJ 3).

carece de justificación razonable desde la perspectiva del interés general, ya que los objetivos de utilización racional y protección adecuada de los recursos hidráulicos que la Ley persigue podría haberse alcanzado igualmente, y con mayor respeto hacia los derechos individuales, mediante otras técnicas jurídicas distintas a la demanialización de las aguas, especialmente gravosa para aquellos derechos. Es decir, los recurrentes alegan una técnica interpretativa propia del *strict scrutiny*: los poderes públicos debían demostrar que no había otra manera menos lesiva para los derechos fundamentales para regular la materia. Esto no es lo mismo que los recurrentes tengan que demostrar que la norma es arbitraria. Lo primero es mucho más grave. Que existan maneras menos lesivas para los derechos fundamentales para regular este tipo de derecho de propiedad no quiere decir que la norma sea arbitraria. Más adelante describimos el parecer del Tribunal Constitucional al respecto, de momento continuamos con las alegaciones de los recurrentes: Éstos creen que la opción del legislador adolecería así de falta de *proporcionalidad* en relación con los fines perseguidos y equivaldría a una especie de sanción expropiatoria no fundada en el incumplimiento de la función social de la propiedad privada. De ahí entienden la arbitrariedad de la Ley --“que el Tribunal Constitucional debe controlar en aplicación del principio de interdicción de la misma (art. 9.3 de la Constitución), de manera semejante, al decir de los recurrentes, a como los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa controlan la arbitrariedad de la Administración” (STC 227/1988, FJ 7).

El segundo motivo que presentan los recurrentes, que el Tribunal Constitucional critica por entender que en cierto modo es contradictorio con el anterior y que hay que entender formulado con carácter subsidiario, consiste en el reproche de que, una vez que el legislador ha optado por la demanialización, es arbitraria la alternativa que se ofrece a los titulares de derechos preexistentes sobre aguas privadas entre aceptar la transformación de su derecho o mantenerlo como hasta ahora, pero sin acceder en este último caso a la protección que brinda la inscripción en el Registro de Aguas, de manera que el carácter opcional de esta alternativa excluye todo derecho a indemnización. La arbitrariedad denunciada radicaría aquí en que se coloca a tales titulares, según expresan algunos de los recurrentes, «entre la espada y la pared», pues se discrimina a los que opten por conservar sus derechos en punto a las garantías de los mismos, constriéndolos, si quieren gozar de tales garantías, a aceptar voluntariamente la pérdida de sus derechos privados originarios, lo que excluye el carácter expropiatorio de la privación (STC 227/1988, FJ 7). En opinión de los recurrentes, para no incurrir en arbitrariedad la Ley debería haber dispuesto la perpetuación de aquellos derechos privados o, en sentido contrario, la demanialización total imperativa, mediante las correspondientes indemnizaciones.

El Tribunal Constitucional manifiesta que los argumentos de los recurrentes no son, en absoluto, convincentes y que además éstos confunden la noción de arbitrariedad. El Tribunal aclara, una vez más, que “«la noción de arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisprudencia constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Administrativo, pues no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquélla en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley» [STC 66/1985, de 23 de mayo; y, en sentido semejante SSTC 108/1986, de 29 de julio y 99/1987, de 11 de junio]” (STC 227/1988, FJ 7). La arbitrariedad en relación a la Ley, expresa la sentencia, es más difícil de demostrar debido a que la función de legislar no puede entenderse como una simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la Constitución impone, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria (STC 227/1988, FJ 7). Por ello, el Tribunal Constitucional ha afirmado también que, si el Poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento, «no es suficiente la mera discrepancia política -ínsita en otra opción- para tachar a la primera de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o de distorsión en los efectos legales, ya en la técnica legislativa, ora en situaciones personales que se crean o estimen permanentes (STC 227/1988, FJ 7).

En definitiva, a juicio del Tribunal Constitucional, los recurrentes habrían que “razonarlo en detalle y ofrecer, al menos, una demostración en principio convincente (STC 99/1987, FJ 4)” que en el presente caso no se ofrece. Para el Tribunal no es suficiente la tesis de los recurrentes que defiende que para alcanzar los mismos fines existían otras alternativas posibles y menos lesivas de los derechos patrimoniales de los particulares. Esta alegación no basta para concluir que se ha infringido la interdicción de arbitrariedad (STC 227/1988, FJ 7).

Así, tampoco se considera arbitraria la fijación de la duración máxima de los aprovechamientos de agua en setenta y cinco años ni engendra, a juicio del Tribunal, inseguridad jurídica, a pesar de que pueda suponer una disminución de las expectativas de rentabilidad patrimonial.

Por otro lado el Tribunal Constitucional apunta brevemente que, de acuerdo con lo declarado en los fundamentos anteriores, la fijación de la duración máxima de estos aprovechamientos en setenta y

cinco años no es tampoco arbitraria ni engendra inseguridad jurídica, ya que, aun cuando pueda suponer una disminución de las expectativas de rentabilidad patrimonial originadas por situaciones creadas al amparo de la legislación anterior, este nuevo límite temporal es, entiende el Tribunal Constitucional, razonable y suficiente, a efectos de la amortización de las obras necesarias para la normal utilización de la concesión, más aún, recuerda la sentencia, si se tiene en cuenta la posibilidad de prórroga que el art. 57.6 de la propia Ley impugnada previene (STC 227/1988, FJ 11).

2. 5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO UN REQUISITO COMPLEMENTARIO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y A LOS DOS PRINCIPIOS ANTERIORMENTE MENCIONADOS.

No se va a repetir aquí lo ya expuesto en el apartado del *balancing test* sobre el principio de igualdad. Allí nos remitimos. Tan sólo se van a mencionar aquellos casos más destacados a título recordatorio y algunas conclusiones en relación al principio de proporcionalidad.

-Por un lado, el principio de igualdad sirve como legitimación para imponer ciertas restricciones. Por ejemplo, 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, se reconocen como constitucionales porque sirven así como instrumentos de igualdad de todos los derechos de propiedad sobre este tipo de suelos (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 14 b))¹⁴².

¹⁴² La clasificación del suelo como no urbanizable presenta ya muchos problemas porque en estos casos el propietario sí que puede ver ya realmente mermados su derecho de propiedad urbana sin que se le otorgue en muchos casos indemnización. La Ley establece en el art. 9 LRSV que se entiende por suelo no urbanizable: "Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. 2.ª Que el planeamiento general considere necesario

También es constitucional, y tiene como fin promover la igualdad, la norma que impone a los propietarios de suelo urbano no consolidado el deber de "proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo" y sirve, a juicio del Tribunal, a la igualdad básica entre propietarios en suelo urbano no consolidado (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 23))¹⁴³.

-En otros casos, se analiza si realmente ha habido una vulneración del principio de igualdad cuando se imponen diferencias debido, entienden los tribunales, a que estamos ante situaciones distintas. Así, 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.

Los recurrentes creen que la disposición 13 LRSV que establece que: "Los propietarios de suelo urbano tienen el 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" vulnera, entre otros, el principio de igualdad por discriminación arbitraria. Las

preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano".

El precepto impugnado, en su redacción de 1998, establece dos criterios directos para la clasificación del suelo como no urbanizable: que el suelo sea incompatible con la transformación urbanística y que sea inadecuado para un desarrollo urbano. Estos dos criterios mínimos o elementales de clasificación sirven así como criterios mínimos de igualdad de todos los derechos de propiedad urbana sobre este tipo de suelo. El art. 9 LRSV pretende igualar el contenido básico de la propiedad urbana y por lo tanto es compatible con el art. 149.1.1 CE. El Tribunal Constitucional aclara que, la efectiva clasificación del suelo como no urbanizable no deriva automática e inmediatamente de la fijación de un "régimen de especial protección" sino que depende, en todo caso, de que el órgano público competente para la clasificación del suelo efectivamente concluya que el régimen especial de protección previamente establecido exige la clasificación del suelo como no urbanizable. Es el titular de cada competencia quien identifica y valora la importancia de un fin o valor para establecer un régimen especial de protección (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 14 b)).

¹⁴³ El grupo de Diputados impugna la letra d) del art. 14.2 LRSV. El precepto impone a los propietarios de suelo urbano no consolidado el deber de "proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo". Frente a lo que sostienen los recurrentes, mantiene el Tribunal Constitucional, "la norma transcrita sirve a la igualdad básica entre propietarios en suelo urbano no consolidado" (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 23)). Del art. 14.2 d) LRSV resulta que los propietarios no pueden avanzar en el proceso de agregación de valor urbanístico a sus terrenos (mediante las obras de transformación o urbanización) mientras no hayan quedado definidos, por algún procedimiento de equidistribución, los aprovechamientos urbanísticos subjetivos de cada uno de los titulares. El deber de equidistribución previo a la transformación del suelo actúa así como una condición de igualdad de todos los propietarios de suelo urbano no consolidado (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 23)).

comparaciones que establecen los recurrentes son: La diferencia entre las facultades urbanísticas de los propietarios en suelo urbano consolidado y no consolidado y las facultades urbanísticas de los propietarios en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable. A juicio del Tribunal Constitucional las dos comparaciones quedan fuera del alcance del art. 14 CE: “Cierto es que está vedado al legislador, según jurisprudencia de este Tribunal, conceder un trato distinto a personas que se encuentran en la misma situación (entre otras, SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 31/1984, de 7 de marzo, FJ 10; STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1; 24/1993, de 21 de enero, FJ 3; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 59/1997, de 18 de marzo, FJ 3; 181/2000, de 29 de junio, FJ 11; y AATC 40/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 299/1997, de 15 de septiembre, FJ 2)” (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)). Pero en este caso, estima el Tribunal, no se da tal discriminación .

El Tribunal Constitucional es realmente claro al respecto. El art. 13 LRSV no discrimina porque “no trata de forma desigual a las personas en razón de su condición; no selecciona una circunstancia personal o social de los individuos para anudar a ello consecuencias jurídicas diferenciadoras” (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)). El artículo establece el estatuto jurídico de la propiedad en el suelo urbano, y lo hace diferenciándolo del estatuto jurídico propio del suelo urbanizable. Ello es, a juicio del Tribunal Constitucional, “una regulación objetiva de la propiedad del suelo al margen de toda condición o circunstancia personal o social” (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)). En la regulación del art. 13 LRSV no se excluye a una persona determinada. No se impide a ésta que pueda disfrutar de los derechos a completar la urbanización y a edificar en suelo urbano. El artículo tampoco concede derechos a ningún sujeto en razón, precisamente, de sus características personales o sociales. Quién sea titular en cada momento de los derechos a urbanizar y a edificar en suelo urbano es una circunstancia ajena al artículo. Y por lo mismo “en forma alguna se puede trabar un juicio de discriminación *ex art. 14 CE*” (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 18)).

Otro ejemplo es el supuesto, analizado en la misma sentencia, en que el Tribunal entiende que 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 tuvieran-- 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))¹⁴⁴.

-Así, cuando se vulnere el principio de igualdad, la norma será declarada inconstitucional o ilegítima. Así, la reparcelación económica discontinua, implica la vulneración de exigencias "tan fundamentales de nuestro sistema urbanístico" como son el reparto equitativo de las cargas y beneficios. El Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de octubre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª)- en el fundamento jurídico segundo-- expone que el Plan de Ordenación Urbana de Madrid, la reparcelación económica discontinua, implica la vulneración de exigencias "tan fundamentales de nuestro sistema urbanístico" como son el reparto equitativo de las cargas y beneficios (sentencia de 23 de octubre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª) (FJ 1)).

-Respecto a la distribución competencial aquí tan sólo se apuntan, y en relación al derecho a la propiedad privada que reconoce el art. 33.1 CE, que compete al Estado regular las "condiciones básicas" que garanticen la "igualdad" de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la "igualdad básica" en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo¹⁴⁵. En cuanto al derecho a la propiedad privada que reconoce el

¹⁴⁴ Conforme al art. 14.1 LRSV: "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". El Tribunal Constitucional rechaza que estemos ante un caso de discriminación positiva contra los propietarios de suelo urbano consolidado (respecto de los propietarios de suelo urbano no consolidado). La inexistencia de deberes de cesión de suelo (en el urbano consolidado) no constituye discriminación alguna entre personas y por circunstancias subjetivas, que es lo prohibido por el art. 14 CE, sino distintas regulaciones abstractas del derecho de propiedad urbana - El Tribunal Constitucional también rechaza también que el artículo infrinja el art. 149.1.1 CE, que los recurrentes ligaban a la del art. 14 CE (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 20)). La inexistencia de deberes de cesión de suelo (en el urbano consolidado) no supone, como afirman los recurrentes, una opción estatal por la expropiación forzosa como instrumento de obtención de suelo dotacional. El art. 14.1 LRSV se limita a definir el contenido de la propiedad urbana (en suelo consolidado). Y es el art. 33.3 CE, determina la sentencia, el que prohíbe la apropiación pública del derecho de propiedad urbana sin indemnización. En consecuencia, no sería el art. 14.1 LRSV sino a lo sumo el art. 33.3 CE quien impondría a los municipios la obtención de suelo dotacional mediante expropiación. En consecuencia, la regulación que del derecho de propiedad del suelo establece el art. 14.1 LRSV (urbano consolidado) no impone concretas técnicas urbanísticas, por lo que el motivo de impugnación así fundamentado es rechazado (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 20)).

¹⁴⁵ El Tribunal Constitucional reitera que el art. 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos reconocidos por la Constitución (STC 61/1997, FJ 7.b). Lo que significa, que el hecho que lo trate directamente como tal confirma, una vez más, que estamos ante un derecho "constitucional" (STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 5). Con el fin de resolver los recursos

art. 33.1 CE, también debemos reiterar, insiste el Tribunal Constitucional, que al Estado le compete¹⁴⁶ regular las "condiciones básicas" que garanticen la "igualdad" de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la "igualdad básica" en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo (STC 61/1997, FJ 8; y STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 5)).

2. 6. LA PONDERACIÓN DE DISTINTOS INTERESES O DERECHOS (BALANCING TEST) Y LA PONDERACIÓN ENTRE BENEFICIOS Y "CARGAS".

Estaremos ante un test de balance entre los distintos intereses (*balancing test*), cuando realmente se esté analizando la norma desde la ponderación de dos derechos, o intereses. Ejemplo de ello son los casos ya descritos en el apartado sobre el *balancing test*. Cosa distinta es la valoración que se realiza en el juicio de la proporcionalidad cuando una vez se ha examinado la idoneidad y la necesidad se pasa a analizar, de forma relacional, si la carga que se le impone al afectado compensa a los beneficios para el interés general que se van a acabar imponiendo. A continuación se describen algunos de estos casos, aunque se intentará ser inteligible, al máximo, tenemos que apuntar, que la jurisprudencia es confusa y mezcla los dos tipos de ponderaciones. Así, queremos mencionar también, que sería conveniente que el Tribunal Constitucional clarificara cuándo está aplicando un *balancing test* y cuándo el principio de proporcionalidad y en concreto el tercer elemento de la proporcionalidad: la proporcionalidad en

de inconstitucionalidad acumulados, el Tribunal Constitucional manifiesta que debe centrarse en el art. 149.1.1 CE, que atribuye al Estado la competencia para la "regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales". Según el Tribunal Constitucional el art. 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos reconocidos por la Constitución (SSTC 61/1997, FJ 7.b) y 164/2001, de 11 de julio (FJ 5)).

¹⁴⁶ Por ello, cabe admitir que el contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración, o los presupuestos —delimitación negativa— para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana son elementos, entre otros, que, en principio, "pueden considerarse amparados por la competencia estatal que se localiza en el art. 149.1.1 CE; por medio de esas "condiciones básicas" el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales" (SSTC 61/1997, (FJ 10) y 164/2001 (FJ 5)).

sentido estricto.

En general, la ponderación se realiza entre estos dos intereses, el medio ambiente y la propiedad privada. También existen casos, en que los que se ponderan son dos derechos similares, dos derechos de propiedad parecidos. En este último supuesto, normalmente se ha introducido también en el principio de igualdad. Debemos precisar también que no vamos a extendernos en este apartado ya que consideramos que todo lo que se va a decir aquí ya se ha expuesto, aunque a veces indirectamente, en el apartado en el que explicábamos el *balancing test*.

En primer término, es importante destacar, y recordar, que el test de la ponderación de derechos se ha aplicado sobre todo en referencia a dos intereses, los medioambientales y los patrimoniales. En este punto, precisamos que este tipo de ponderación también se realiza en el principio de proporcionalidad cuando se calcula si la restricción a la propiedad viene justificada por el fin medio ambiente. Aquí sin embargo, en el *balancing test*, el análisis no se realiza desde un examen medio-fin, sino desde la ponderación directamente hasta llegar a la conclusión de cuál debe prevalecer. Aunque, desdichadamente, no acaba de quedar claro en la jurisprudencia si estamos ante un balance de los dos intereses o derechos, o ante un examen de relación medio-fin. Ello como se refleja en la jurisprudencia, nos ha llevado a que tengamos que ubicar un mismo caso en los dos tipos de tests, ya que, depende de como se mire, estaremos ante un juicio de proporcionalidad o ante uno de ponderación. El Tribunal Constitucional apenas ofrece guías para depurar estos dos tipos de tests y clarificarnos cuando está aplicando uno u otro, o cuando se debe aplicar uno u otro.

-Ejemplo de lo descrito hasta aquí es el caso en que 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 a 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))¹⁴⁷. A simple vista, parece que estemos, y creemos que en

¹⁴⁷ La Disposición adicional cuarta LRSV establece que "En los territorios insulares la legislación urbanística podrá establecer criterios complementarios para clasificar los suelos no urbanizables y urbanizables, teniendo en cuenta que la delimitación del contenido del derecho de propiedad del suelo se condiciona por la peculiaridad del hecho insular, su limitada

realidad si que ocurre, ante un juicio de proporcionalidad, de adecuación de los medios al fin, pero por otro lado, en la decisión se insiste en que deben ponderarse los dos intereses, el medio ambiente y la propiedad privada (lo mismo ocurre en las SSTC 62/1982 y 129/1989)¹⁴⁸.

También se realiza una ponderación entre medio ambiente y propiedad --que a su vez justifica la medida para la consecución de un fin-- en la sentencia de 26 de diciembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª). En ella se declara que 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 se decide, tras la ponderación, que 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, la protección del medio ambiente beneficiará el desarrollo económico también¹⁴⁹. Ya hemos avisado de que todos estos tests de

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". A juicio del Tribunal Constitucional la norma transcrita formalmente contiene una regulación especial para el suelo insular, flexibilizando los criterios generales de clasificación (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 51)).

¹⁴⁸ Para una descripción de este tipo de decisiones en que se recurre a una ponderación entre medio ambiente y propiedad vean: M. Aguilera Vaqués, *EL desarrollo sostenible y la Constitución española* (Barcelona: Atelier, 2000), donde ya se expuso las consecuencias y criterios para establecer la ponderación entre estos dos elementos.

¹⁴⁹ Urbanizaciones Ibiza SA demanda a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares por aprobación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento para el término municipal de San José (Ibiza). El TSJ Baleares dictó sentencia de 26 de julio de 1989 declarando: conformes a Derecho las resoluciones impugnadas y desestimando el recurso. La decisión fue recurrida y decidida en la sentencia de 26 de diciembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª). El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares apunta que el medio ambiente, el artículo 45 de la Constitución, debe interpretarse en un doble sentido, como un derecho a disfrutar del medio ambiente y como un deber de conservarlo. Ese deber obliga en especial a las Administraciones Públicas, a velar por la utilización racional de los recursos naturales basándose en la solidaridad colectiva (TSJ Baleares dictó sentencia de 26 de julio de 1989 (FJ 3). El Tribunal de las islas mantiene que "no cabe duda que las técnicas de planificación son las que pueden asegurar esa utilización racional" debido a que "la planificación física del medio ambiente, desde una perspectiva ecológica o meramente paisajística, no debe contemplarse sectorialmente..." (TSJ Baleares dictó sentencia de 26 de julio de 1989 (FJ 3). Esa protección del medio ambiente a través de la planificación y de la creación de un espacio natural, de ningún modo, supone un detrimento para el desarrollo económico, todo lo contrario: "Y, por contra, lo que existe es "una buena demanda turística que no puede ser desaprovechada" y propiciaría "extirpar una adecuada y razonable explotación económica de los recursos naturales"" (TSJ Baleares dictó sentencia de 26 de julio de 1989 (FJ 3). El Tribunal Supremo cuestiona de nuevo las Normas declaraban Cala Conta Suelo No urbanizable. El Tribunal explica que los recurrentes, consideran que ello excede las facultades discrecionales de la Administración y que no está justificado por el conjunto de circunstancias concurrentes que son, en su opinión, que no existe un interés paisajístico o ecológico en la zona. El Tribunal Supremo apunta que Urbanizaciones Ibiza SA no prueba sus asertos y recuerda que: La parte recurrente tiene "la

control de constitucionalidad de una ley o norma, se aplican de forma confusa y solapada. Aquí tan sólo mencionamos que, en la misma decisión, se alude al principio de no arbitrariedad y al de razonabilidad¹⁵⁰.

La ponderación entre medio ambiente y propiedad, también se confunde – el medio ambiente– con el objeto en otro caso, aunque, insistimos, el Tribunal menciona que está ponderando ambos elementos. Ello ocurre en relación al derecho a edificar, en el que el Tribunal escribe que por más que exista un contrato con la Administración que lo soporte --y que ha surgido a raíz de un pacto compensatorio-- no es ilimitado en el tiempo y debe adecuarse a las circunstancias y situaciones de cada momento. Así, un Plan que delimite el derecho de propiedad urbana en otra dirección es constitucional y conforme a la Constitución y más si su objetivo es la protección del medio ambiente ((sentencia de 27 de octubre de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 5))¹⁵¹. En este caso también se alude a la

carga procesal de probar los hechos en que se fundamenta su pretensión --a tenor de la conocida doctrina jurisprudencial interpretativa del art. 1214 Código Civil” sentencia de 26 de diciembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 3).

¹⁵⁰ A juicio del Tribunal la empresa no demuestra la “supuesta arbitrariedad de la Administración planificadora” (sentencia de 26 de diciembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 3). A ello, añade el Tribunal, lo afirmado por el Instituto de Estudios Ecológicos obrante en expediente administrativo, que avala la postura de la Administración. La sentencia no hace mención alguna a posibles indemnizaciones, por lo que se deduce que, aparte de que no han sido reclamadas por la empresa, éstas no tendrán lugar (sentencia de 26 de diciembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 3). Así pues, éste es un caso más en que una planificación urbanística, limitadora de derechos patrimoniales, 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 (sentencia de 26 de diciembre de 1991, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª)). Por ello se desestima el recurso de apelación presentado por Urbanizaciones Ibiza SA.

¹⁵¹ Los hechos de la sentencia de 27 de octubre de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) se ubican en la zona verde Vera de Bidasoa. En este caso, y una vez más, se califica zona verde la finca de la recurrente. Ésta impugna la calificación de “zona verde” que las Normas Subsidiarias de Vera de Bidasoa aprobadas por la Comisión de Urbanismo y medio ambiente de Navarra de 5 de marzo de 1986 asignó a dos parcelas de su propiedad. El TSCJ de Navarra, en la sentencia de 31 de junio de 1990, desestimó el recurso y confirmó los actos recurridos entendiendo que la calificación de zona verde era correcta. La recurrente alega que existía un “contrato”, de 1973, con la Administración que ésta debió respetar al diseñar el Plan. El contrato se hizo cuando el progenitor de la apelante cedió al Ayuntamiento de Vera de Bidasoa los terrenos necesarios para ensanchar una carretera y en compensación el Ayuntamiento concedió al cedente el derecho a edificar sobre las parcelas de su propiedad, sin límite de tiempo, cuando las circunstancias lo aconsejaron, previa licencia municipal. La apelante cree que las normas impugnadas debieron respetar dicho compromiso.

La propietaria impugna la norma, por lo tanto debe probar que tiene el derecho a edificar y que la norma que establece el Plan es arbitraria. El Tribunal Supremo al respecto determina que la propiedad urbana responde al “interés público urbanístico” y éste no puede verse limitado por los convenios particulares que haya trazado la Administración. Y a continuación precisa: sin perjuicio, por supuesto, de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de éstos (la sentencia de 27 de octubre de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 3)). La recurrente-propietaria además aporta pruebas periciales, que demuestran que los terrenos son edificables, a su entender: Pero lo que regula el artículo 78 de la Ley del Suelo (la antigua Ley del Suelo) es: “...lo que tiene carácter reglado, según el art. 78 y reiteradísima jurisprudencia, es la “clasificación” como

razonabilidad.

En general, la ponderación se realiza entre un interés general e un interés particular, siendo el interés general, el medio ambiente o la preservación del entorno, y el interés particular bienes de naturaleza patrimonial. En base a esta ponderación se entiende que las limitaciones sobre derechos patrimoniales que recaen sobre bienes de dominio público, de carácter público, los derechos patrimoniales de los particulares sobre éstos, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, deben quedar delimitados en conformidad con el interés general, limitando así extremadamente éstos sin que ello pueda llevar a una indemnización.

Así, en la sentencia 227/1988, el Tribunal Constitucional manifiesta que, las regulaciones establecidas por la Ley son una delimitación del derecho de propiedad conforma a la Constitución que viene dada por el hecho que ésta establece “con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales” (STC 227/1988, FJ 11). Y concluye que “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

suelo urbano de los terrenos que reúnan las condiciones que en el mismo se citan, pero que la susceptibilidad o no de edificación privada depende de la específica asignación atribuida por el Plan, sin perjuicio de las técnicas instrumentales previstas para la fase de ejecución tendentes a la justa distribución de beneficios y cargas del planteamiento”

Así el Tribunal Supremo, afirma que lo que determina que un suelo sea urbano o no, no son sus características físicas, si no su calificación como tal (la sentencia de 27 de octubre de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 4)). De lo cual se desprende que la Administración tiene un importante margen para “calificar”, y dependerá de lo que decida la Administración que califique: “Debe señalarse, con carácter general, que la concreta clasificación de los terrenos está en función de los criterios y finalidades perseguidos por el planificador para una adecuada ordenación de los territorios, teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad y la utilización racional del suelo, lo que comporta una cierta actividad discrecional en orden al señalamiento de las determinaciones urbanísticas, y si bien la actividad no escapa al control jurisdiccional -art. 106.1 CE- bien a través de los hechos determinantes o mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional o la luz de los principios generales del Derecho -SS 30 Abr. Y 21 Nov 1990-, ...” (sentencia de 27 de octubre de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 5)). Por lo tanto, concluye la sentencia, es suficiente que la clasificación no sea arbitraria: “...para que pueda tener éxito una revisión jurisdiccional de dicha actuación administrativa deberá acreditarse adecuadamente que la Administración ha incidido en error de hecho, desviación injustificada de los criterios generales del Plan, etc” (sentencia de 27 de octubre de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 5)). En este caso el Tribunal Supremo no aprecia “irracionalidad” alguna en el Plan, con lo cual, la demanda de la propietaria es desestimada. Aquí se quiere comentar que la sentencia no menciona en ningún momento que se vaya a indemnizar a la propietaria por la clasificación de su terreno o por el incumplimiento, por parte de la Administración, del convenio. En el fundamento jurídico tercero se apunta que el incumplimiento del convenio puede acarrear consecuencias jurídicas pero no establece cuales. Quizás es porque la apelante nada pide en este sentido, pero de momento, el Tribunal Supremo en el supuesto en que hay un convenio compensatorio y no se respeta en la nueva calificación, no propone una indemnización substitutoria como alternativa.

delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social (art. 33.2 de la Constitución)” (STC 227/1988, FJ 11). Estas reflexiones se aplicaran, pues, en el caso de los derechos individuales de aprovechamiento sobre bienes de dominio público, ya que su regulación general no sólo puede tener en cuenta el interés individual de los usuarios o titulares de aquellos derechos¹⁵², sino que debe también tomar en consideración el interés general inherente al carácter público del bien sobre el que recaen (STC 227/1988, FJ 11)¹⁵³.

También estamos ante un caso de delimitación de derechos, en el que se realiza una ponderación entre medio ambiente y propiedad, 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 medioambientales¹⁵⁴.

-Otro tipo de ponderación de intereses es la que se realiza entre el interés general, patrimonio histórico y/o cultural y la propiedad privada. Aquí se hace un balance entre los dos intereses que acaba decantando la balanza hacia el interés general, aunque con matices. Si la propiedad privada forma parte de ese patrimonio histórico o propiedad clasificada como “protegible” --como ocurría en Penn Central--el propietario asume el precio de la protección, en cambio, si de manera súbita un Ayuntamiento decide proteger un inmueble, sin una norma que lo ampare, será la Administración pública la que pagará. En ambos casos, sin embargo, se realiza una ponderación entre los dos intereses (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 32 b))¹⁵⁵. Nos remitimos aquí a lo ya dicho en los

¹⁵² En suma, los poderes públicos deben garantizar que las propietarias cumplirán con las obligaciones y cargas derivadas de la propiedad del suelo (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 14)).

¹⁵³ Es decir, como estamos ante un tipo de derechos patrimoniales que caen sobre bienes de dominio público, de carácter público, los derechos patrimoniales de los particulares sobre éstos, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, deben quedar delimitados de acuerdo con el interés general, limitando así extremadamente éstos sin que ello pueda llevar a una indemnización (STC 227/1988, FJ 11).

¹⁵⁴ El Tribunal rechaza la impugnación del artículo 17 TRLS desde el punto de vista competencial. En el mismo apartado realiza una serie de aclaraciones respecto la propiedad urbana. La regulación que efectúa el artículo que en ningún momento cuestiona, sino que amplía: El art. 17 T.R.L.S. se refiere a uno de los posibles destinos del suelo no urbanizable -las áreas de especial protección- y circunscribe su alcance a la declaración de que el planeamiento territorial y urbanístico podrá delimitar áreas de especial protección en las que estará prohibida cualquier utilización que sea contraria con su destino o naturaleza, lesione el valor específico que se quiera proteger o infrinja el concreto régimen limitativo establecido por aquél (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 16 c)).

¹⁵⁵ 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.

capítulos anteriores.

-Se realiza, asimismo, un balance entre el derecho de propiedad privada y el derecho, no fundamental, de acceder a una vivienda, resultado del mandato dirigido a los poderes públicos para que promuevan el acceso a ésta y eviten la especulación. Así, 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, tras realizar el balance entre propiedad privada y vivienda, el Tribunal Constitucional, las considera también una delimitación del derecho de propiedad urbana constitucional (STC 207/1999, de 11 de noviembre)¹⁵⁶.

La ponderación de la propiedad urbana también se aplica en relación a una planificación general de los espacios urbanos, para hacerlos más "habitables", permitiendo el desarrollo sostenible y asegurando así la calidad de vida – este es el otro interés con el que se pondera la propiedad urbana. Ello deriva del hecho de que la propiedad urbana está vinculada a la ordenación urbanística de la ciudad¹⁵⁷ y se establece en el marco constitucional que incluye los artículos 33 y 47 CE (STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6))¹⁵⁸. Existe una exigencia de planeamiento u ordenación urbanística que es instrumental

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)).

¹⁵⁶ La sentencia del Tribunal Constitucional 207/1999, de 11 de noviembre, responde a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley Foral de Navarra 7/1989, de 8 de junio, de Medidas de Intervención sobre Suelo y Vivienda. El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico quinto establece que el derecho de tanteo y retracto que contiene la Ley, no vulnera la distribución competencial y que además, en urbanismo, y en concreto en la Ley Foral impugnada los derechos de tanteo y retracto contenidos, se instrumentan al servicio de finalidades constitucionales que son insitas a la normativa sobre urbanismo y vivienda (que así mismo es una competencia exclusiva de la Comunidad Foral de Navarra (art. 44.1 LORAFNA)). Estos derechos se configuran, en puridad, como "un mecanismo o técnica jurídica establecido con la plausible finalidad de combatir el fenómeno de la especulación del suelo, haciendo, asimismo, viable la construcción de viviendas que, por su régimen de protección pública, sean asequibles al sector más desfavorecido de la población, en acomodación a los mandatos constitucionales contenidos en los arts. 33.2 y 47 CE" (STC 207/1999, de 11 de noviembre).

¹⁵⁷ En relación con la reiterada mención de la LRSV al "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)).

¹⁵⁸ 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.

respecto de la regulación de la propiedad urbana, y del derecho de propiedad¹⁵⁹. Lo relevante, concluye el Tribunal, 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 asientan¹⁶⁰ (STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6) b).

En la planificación urbanística, así, la ponderación entre los artículos 33, 45 y 47 CE no siempre lleva a que primen los intereses generales. Será el legislador el que realizará tal ponderación y si el resultado es que no prevalezcan los criterios medioambientales, no por ello, la ley será inconstitucional. Consiguientemente, 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))¹⁶¹.

¹⁵⁹ 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 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).

¹⁶⁰ Con esta interpretación, termina el Tribunal podemos concluir que el Estado no invade las competencias urbanísticas de las ONG Comunidades Autónomas cuando prevé la existencia de “planeamiento general” o “planeamiento de desarrollo”(STC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 6) b).

¹⁶¹ El grupo de Diputados critica el hecho de que en el artículo 10 LRSV primen los objetivos de desarrollo económico, frente a la protección ambiental garantizada por el art. 45 CE. El Tribunal Constitucional entiende que eso no ocurre. Los argumentos ya expuestos en el apartado anterior conducen derechamente a la desestimación de este motivo de inconstitucionalidad. Los grupos medioambientales – por lo menos los catalanes, como DEPANA que engloba gran parte de las ONG catalanas sobre medio ambiente-- desde luego hubiesen preferido que el suelo no clasificado se considerase no urbanizable – y no solamente “suelo urbanizable”. El Tribunal Constitucional explica que la clasificación residual del suelo como urbanizable sólo actúa en defecto de la expresa clasificación como suelo no urbanizable, opción ésta última que sustancialmente corresponde a cada Comunidad Autónoma. La clasificación residual del suelo como urbanizable, en la forma en que lo hace el art. 10 LRSV, no impone ni el cómo ni el cuándo de la transformación del suelo: la conformidad del suelo urbanizable con el medio ambiente resultará de las decisiones (autonómicas y, complementariamente, locales) sobre volumen

-También se han ponderado el derecho de propiedad privada y el derecho a no ser discriminado. En estos casos cuando el legislador realiza el balance entre el derecho a disponer de la propiedad y el derecho a no ser discriminado, decantándose por el derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional, que a la vez realiza su propia ponderación, lo ha considerado una opción política fuera del marco de la constitucionalidad (STC 222/1992).

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)¹⁶². La decisión basa sus argumentos en distintos intereses establecidos en la Constitución. Sin embargo se centra sobre todo en la protección de la familia (STC 222/1992, FJ 3)¹⁶³.

Por otro lado el Tribunal reconoce que 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 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

edificatorio, usos e intensidades. A partir de estas premisas, en forma alguna se puede identificar en el art. 10 LRSV una petrificación de los valores ambientales a favor del desarrollo económico (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 15)). Pero nosotros creemos que tampoco se está dando prioridad al medio ambiente, y que ello no lleva a la nulidad de la norma.

¹⁶² Como es sabido, la sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992 responde a una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 58.1 de la LAU. El Tribunal Constitucional establece que dicho artículo es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo material y estable, *more uxorio*, con el arrendatario o arrendataria fallecida. Ahora bien, ello significará que 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. El Tribunal Constitucional declara que 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).

¹⁶³ Un concepto de familia que debe ser conforme a las libertades y derechos establecidos en la Constitución: “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)” (STC 222/1992, FJ 3).

tenga derecho a ningún tipo de indemnización. (STC 222/1992, FJ 3)¹⁶⁴.

-La ponderación de varios intereses o derechos, en ocasiones, se efectúa respecto dos tipos de derechos o intereses similares. Nos referimos a aquellos casos en que se realiza una ponderación entre dos derechos patrimoniales que parecen similares de antemano --como ocurrió en Estados Unidos en el caso sobre manzanos y cedros, que unos perjudicaban a otros y acabo prevaleciendo la protección de los manzanos (*Miller v. Schoene* 276 US 272 (1928)). Así, en los arrendamientos urbanos, ante una vivienda, un propietario-arrendador puede ver limitado su derecho de propiedad en beneficio del arrendatario – en virtud de una imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador-- sin que ello suponga una desnaturalización del derecho de propiedad. 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 89/1994)¹⁶⁵. En la ponderación entre los dos intereses, priman las del inquilino, debido, expone el Tribunal Constitucional, a que existe la función social de la propiedad privada¹⁶⁶ – que en este caso se

¹⁶⁴ El Tribunal Constitucional finalmente declara que es precisamente tal art. 14 el que ha de dar respuesta a la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad, en el punto considerado, del art. 58.1 LAU (STC 222/1992, FJ 5). Con lo que afirma que lo que se trata de proteger con la “función social” que se aplica en este caso concreto es lo que disponen 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” (STC 222/1992, FJ 6).

¹⁶⁵ En este caso, sentencia del Tribunal Constitucional 89/1994, se cuestiona si la imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador supone una desnaturalización del derecho de propiedad. En el supuesto la actora es propietaria de una vivienda en un inmueble madrileño por lo que cobra una renta de alquiler de 1489 pesetas al mes. A su vez ella es inquilina de otra vivienda del mismo inmueble por el que paga una renta mensual de 150.000 ptas. Salta a la vista que existe una situación absurda e injusta. En este caso se cuestiona si la imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador supone una desnaturalización del derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional decide que la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos anteriores al RDL 2/1985 no es contraria al contenido esencial de los derechos de propiedad y de libre empresa, y tampoco constituye una discriminación para los antiguos arrendadores incompatible con el artículo 14 CE. La razón por la cual el Tribunal Constitucional no considera el caso ni contrario a la igualdad ni a la propiedad constitucionales es que a su juicio no existe equiparación entre los derechos del arrendador y el arrendatario. No estamos ante dos supuestos iguales y que por lo tanto la diferenciación entre las condiciones del arrendador y el arrendatario –que establecen que uno puede exigir la prórroga y el otro no– es discriminatoria (STC 89/1994).

¹⁶⁶ En este caso los intereses de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario: “En el contexto de la vigente Constitución esa delimitación del derecho de propiedad encuentra una justificación en la proclamación del artículo 47 del Texto fundamental”. En este supuesto, confirmando lo que anteriormente ha, el Tribunal Constitucional reconoce que se trata de una delimitación del derecho, y no de una limitación. El Tribunal Constitucional sostiene que esta medida, la de la prórroga forzosa, se aplica y entra en el ‘ámbito de delimitación del derecho, porque el artículo 47 CE recoge el derecho a disfrutar de

basa en el art. 47 CE¹⁶⁷. En conclusión, esa limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el artículo 33 CE (STC 89/1994, FJ 5).

El mismo razonamiento – de prevalencia del interés general en base a la función social-- se emplea cuando en los arrendamientos urbanos, ante un local de negocio, un propietario-arrendador puede ver limitado su derecho de propiedad en beneficio del arrendatario – en virtud de una imposición de prórroga forzosa que se impone al arrendador sin que ello suponga una desnaturalización del derecho de propiedad. 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 89/1994, FJ 5).

El Tribunal Constitucional asegura que se aplicará un razonamiento similar al caso anterior: “Y debe señalarse que un razonamiento similar puede llevarse a cabo respecto del arrendamiento de locales

una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias y el 39.1 el deber de los poderes públicos de promover la estabilidad del domicilio familiar así como de la misma familia ((STC 89/1994, FJ 5). Con esta medida, de la prórroga forzosa amparada en los artículos 47 y 39.1 CE, insiste el Tribunal Constitucional, se responde a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin que se vulnere el “derecho constitucional” de propiedad, y sin que se dé ningún “vaciamiento” o “desfiguración” de tal derecho. En base a lo descrito el Tribunal Constitucional manifiesta que “... no cabe estimar que el artículo 57 y conexos LAU que ahora se cuestionan vulneren las disposiciones del artículo 33 CE”.... ((STC 89/1994, FJ 5) a pesar de que entiende que ello supondrá para el arrendador una limitación de su derecho de propiedad urbana importante: “De lo expuesto resulta que no es la prórroga forzosa *per se* el origen de una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado. Naturalmente, si la prórroga fuera potestativa para el arrendador, la recuperación del inmueble para su propietario a la finalización del contrato podría entrañar eventualmente una mayor utilidad para aquél, en un mercado en que se incrementan los precios de los alquileres urbanos: en este sentido, los preceptos cuestionados pueden implicar una limitación del derecho de propiedad en cuanto a su utilidad económica. Pero ello no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendataria se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible” ((STC 89/1994, FJ 5).

¹⁶⁷ El Tribunal Constitucional una vez más recuerda que la propiedad privada puede verse limitada por las razones que vienen establecidas en los siguientes artículos de la Constitución: el 47 CE, que reconoce el derecho a la vivienda, y el 39.1 CE, que exige que los poderes públicos velen por la protección del domicilio familiar, y la familia – familia conforme al texto de la Constitución. A estos, el siguiente fundamento añade otros intereses: “Ello supone que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (así artículos 40.1, 45.2, 128.1 y 130.1 entre otros” (STC 89/1994, FJ 4). No cabe duda, sin embargo, que tal prórroga supone una carga importante para el propietario-arrendador (Vid.: voto particular de A. Rodríguez Bereijo). Para algunos estamos ante “la existencia de una “*pseudoexpropiación*” encubierta cuya causa de utilidad pública o interés social, a los efectos del artículo 33.3 CE es más que discutible” (JPI número 3 de Gijón, que planteó una cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley también) (STC 89/1994, FJ 3).

de negocio, en cuanto que la prórroga forzosa representa un favorecimiento, por el legislador, del mantenimiento de empresas o actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de apoyo a la producción y al empleo, respaldadas por los mandatos de los artículos 35, 38 y 40 de la Constitución” ((STC 89/1994, FJ 5), claro que el interés social que se protege en este caso es otro: el mantenimiento de empresas y actividades económicas. El Tribunal Constitucional no explica porque incluye estos artículos constitucionales y no otros. Aunque la elección del Tribunal nos parece coherente y defendible no entendemos cuáles han sido los criterios que han llevado al TC a escoger estos artículos, ¿por qué no se incluyó, por ejemplo, el medio ambiente? ¿quién debe aportar los criterios para incluirlos? ¿quién debe probarlo? Esta es la mayor crítica, de hecho, que se hace al *balancing test*: ¿en base a qué criterios se escogen los intereses o derechos a proteger? La verdad, una mayor clarificación al respecto por parte del Tribunal Constitucional, sería de agradecer.

-Por otro lado, y otro tipo de ponderación de intereses, es la que se realiza en los arrendamientos urbanos cuando un propietario-arrendador puede ver limitado su derecho de propiedad, y verse obligado a una prórroga del contrato de arrendamiento, en beneficio de las Corporaciones Públicas, en cumplimiento de la función social de la propiedad privada – con lo que estaremos ante una regulación del derecho de propiedad urbana conforme a la Constitución, que no incluirá indemnización—pero esta limitación no podrá imponerse ante otro particular. La Iglesia Católica no forma parte de esa función social, es tratada como un particular más, y por lo tanto no puede verse beneficiada por la Ley a costa del propietario-arrendador (STC 340/1993, de 16 de noviembre)¹⁶⁸. El Tribunal Constitucional dispone que el precepto es conforme a la Constitución en cuanto se refiere a las Corporaciones públicas pero no cuando se refiere a la Iglesia Católica. Ésta no es función social suficiente que justifique esta carga al

¹⁶⁸ La sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, de 16 de noviembre, responde a cinco cuestiones de inconstitucionalidad contra varios artículos de la LAU que obligan al arrendador a prorrogar el contrato de arrendamiento urbano por un determinado tiempo sin que se cumplan los requisitos generales mientras que para el arrendatario o inquilino es potestativo cuando ese arrendatario o inquilino es un determinado sujeto. La sentencia establece que el artículo 76.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es inconstitucional en cuanto releva de la justificación de la necesidad de ocupación de la finca arrendada a la Iglesia Católica. En la decisión se debate si existe diferencia entre arrendatario-particular, arrendatario-Iglesia Católica y arrendatario-Corporación Pública, con el fin de atenerse a esa excepción que permite extender el contrato incluso cuando no se esté ocupando la propiedad, causando una carga al arrendador en muchos casos cara (STC 340/1993, de 16 de noviembre).

arrendador mientras que las Corporaciones Públicas sí son función social suficiente en este sentido¹⁶⁹.

-Ya hemos escrito varias veces que el derecho de propiedad no es ilimitado. El respeto a otros derechos 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))¹⁷⁰.

La restricción 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 graves¹⁷¹. En esos casos además no estamos, subraya el Tribunal Constitucional, de ningún modo, ante una expropiación. El artículo cuestionado no es contrario a la Constitución, al artículo 33 CE, "por la sencilla razón de que aquel precepto constitucional en modo alguno impide que las leyes tomen como

¹⁶⁹ El Tribunal Constitucional interpreta que no es que la Iglesia Católica tenga obligación de indemnizar sino que ni siquiera se le dará opción a permanecer, ya que no ha ocupado la propiedad y ello es causa suficiente para que se le deniegue la prórroga - mientras que a las Corporaciones Públicas, como forman parte del interés protegido por la función social de la propiedad urbana, sí tendrán ese derecho en detrimento del propietario arrendador. Las propiedades de esta confesión, la Católica, son tratadas pues con las mismas consideraciones que las de los particulares-arrendatarios. Por lo tanto se entiende que el particular-arrendatario deberá acogerse a la normativa general si pretende permanecer como arrendatario (STC 340/1993, de 16 de noviembre).

¹⁷⁰ La sentencia del Tribunal Constitucional 301/1993 fue ya también analizada en el capítulo sobre propiedad urbana. Aquí tan sólo se describen algunos de sus aspectos más relevantes. Recordamos que ésta responde a una cuestión de inconstitucionalidad y que 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. El Tribunal Constitucional 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 éste desatiende los requerimientos de la Juez¹⁷⁰ ésta, discrecionalmente, puede fijar la privación del uso del piso o local al propietario y a quienes con él convivan por un plazo no superior a 3 años, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título¹⁷⁰. La juez cree que este artículo podría ser inconstitucional (ex artículo 33.3 CE) y por ello planteó la cuestión. El propietario afectado cree que la sanción sobrepasa el contenido esencial del derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional manifiesta que: "el artículo 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 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" (STC 301/1993, FJ 3).

¹⁷¹ "Basta con lo dicho advertir, sin sombra de duda, que lo así previsto por la Ley ninguna relación guarda con la garantía de la propiedad privada que ha sido recogida en la CE [...] En modo alguno significa tal garantía constitucional que el ordenamiento no pueda regular supuestos en los que, al margen de criterios o valoraciones de oportunidad o de necesidad pública, se llegue a afectar, con las correspondientes garantías procesales, el patrimonio de las personas que hayan incurrido en la comisión de un ilícito (civil o penal)..." (STC 301/1993, FJ 3).

objeto de sus previsiones sancionatorias -en un sentido lato- el patrimonio de las personas,...” (STC 301/1993, FJ 3).

Así, pueden tomarse medidas contra un propietario, quedando limitado en el uso de su dominio, con el fin de proteger el uso y disfrute de otros propietarios y arrendatarios. En este caso no estamos ante una expropiación forzosa sino ante una sanción civil que tiene por fin garantizar los demás derechos de propiedad privada (STC 28/1999, FJ 7).

-En general, en los casos en que el propietario no reclama su derecho de propiedad ante los poderes públicos sino ante otro particular, ante otro propietario parecía que también éste, el que recurra la situación de hecho, debía de demostrar que su derecho estaba vulnerado, se le había producido un daño. En general es así. Sin embargo, existen casos en que la carga de la prueba final, como en el caso Airtel, recae en el posible causante del daño, en la compañía Airtel. Airtel tiene que probar que las antenas no causan daños a los vecinos.

-En suma, la conclusión principal que extraemos de la jurisprudencia constitucional en la que se ponderan distintos derechos o intereses es la siguiente: la función social de la propiedad privada determina el decanto de la balanza hacia el derecho o interés más beneficioso para el interés general, o por el interés general directamente. Así, a menos que la ley o norma sea escandalosamente contraria y aniquile del todo un derecho, la norma prevalecerá si se protege el interés general. En cambio, cuando el interés general no se tenga en cuenta, la norma puede que sea declarada inconstitucional.

2. 7. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR PARTE DE LOS TRIBUNALES.

Los tribunales, y en concreto el Tribunal Constitucional, han utilizado el principio de proporcionalidad para realizar el control de constitucionalidad de las leyes. Como ya se ha dicho, unas veces este principio se ha aplicado sin que se mencione; otras, se han aplicado algunos de los elementos de este principio; y por último están los casos en que se dice que se está aplicando el control de la proporcionalidad cuando en realidad no es así, o no se aplica de forma completa o si se hace, no existe un seguimiento de los criterios formales del principio que antes hemos apuntado. En general, la falta de

depuración del principio nos llevaría a que no pudiéramos apenas mencionar decisiones en que realmente se aplica este principio. Sin embargo, aquí vamos a examinar el empleo de este principio, en cualquiera de las vertientes descritas, por parte del Tribunal Constitucional.

En el presente texto se defiende que es necesario una formalización y depuración del principio, y se sigue una idea de proporcionalidad basada en los tres elementos antes descritos. Ahora bien, se van a mencionar aquí los casos en que la regulación de la propiedad privada ha hecho un análisis relacional en que valora la adecuación de los medios al fin, en que se ha valorado si la delimitación de la propiedad responde al objetivo que la norma persigue de forma proporcionada sin excederse en las “cargas” que se imponen al propietario.

-Para empezar están los casos en que el Tribunal Constitucional determina que una regulación que delimita o limita la propiedad con el fin de proteger el medio ambiente, que es la necesidad, es constitucional. La protección, necesaria, del medio ambiente es un objetivo constitucional que además variará en función del tipo de propiedad ante la cual estemos y en base al entorno.

De este modo, 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 interés conforme con la Constitución. En estos casos estamos ante una delimitación del derecho de propiedad constitucional que se permite en base a que existe una adecuación entre medio (la regulación) y fin (la preservación del suelo), con lo que la restricción que se impone a la propiedad se considera necesaria (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 14 b))¹⁷².

La necesidad, pues, viene determinada por el entorno. 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

¹⁷² Es el art. 9.2 LRSV el que establece como criterio de clasificación del suelo como no urbanizable la inadecuación para un desarrollo urbano. El juicio de adecuación corresponde, en todo caso, al órgano competente para la clasificación. La deficiente adecuación puede traer causa de valores o fines que hagan necesaria la preservación del suelo (el propio art. 9.2 LRSV enuncia los valores agrícola, forestal, ganadero, así como la riqueza natural) o de otras circunstancias. Es el planeamiento el que establece los criterios sobre cuándo un terreno es adecuado, o no, para un desarrollo urbano, remitiendo de esta forma la clasificación del suelo al planificador urbanístico (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 14 b)).

creación del Parque son unas delimitaciones del derecho de propiedad conformes a la Constitución que, en general, no comportan indemnización (STC 170/1989, 19 de octubre)¹⁷³.

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 (analizada en la STC 64/1982), 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 Parque¹⁷⁴.

¹⁷³ 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 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.

¹⁷⁴ 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

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, ni de 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” (STC 170/1989, FJ 8)¹⁷⁵.

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))¹⁷⁶. También puede limitarse el número de visitantes en los Parques, para garantizar su conservación y la prohibición de recoger material biológico o geológico en las Reservas, salvo que existan razones de investigación y educativas que aconsejen su permisividad mediante licencia administrativa ((STC 102/1995, 26 de junio de 1995, FJ 14 F b))¹⁷⁷.

alguna de los terrenos incluidos en el Parque Regional, o de cualquier otro derecho que deba ser indemnizable, por lo que no existe medida ablatoria del derecho de propiedad (STC 170/1989, FJ 8).

¹⁷⁵ 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).

¹⁷⁶ En la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, 26 de junio de 1995 se responde a un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres. En la sentencia se discuten aspectos competenciales sobre todo. De todas maneras a partir de las afirmaciones respecto a éstos pueden extraerse algunos criterios. El Tribunal Constitucional entiende que la Ley está imponiendo cuestiones mínimas, y por lo tanto básicas, en relación a la protección del medio ambiente: “El régimen jurídico también homogéneo, así perfilado, sirve de mínimo común denominador a la finalidad de asegurar el disfrute por todos del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Con el deber correlativo de conservarlo, como reflejo de la solidaridad colectiva (artículos 149.1.23.a en relación con el 45 CE). Por ello, conviene la calificación de básicas a las limitaciones para el aprovechamiento o explotación de los recursos, potestativas en los Parques y preceptivas, imperativas o compulsivas en las Reservas, con la prohibición de los usos incompatibles con las finalidades determinantes de su creación o la autorización de los compatibles con la conservación de valores cuya protección se pretende, en un planteamiento inverso según se trate de aquéllos o de éstas (artículos 13.2 y 14.2)” (STC 102/1995, 26 de junio de 1995, FJ 14 F b)).

¹⁷⁷ La Ley también presenta la posibilidad de limitar el número de visitantes en los Parques, para garantizar su conservación y la prohibición de recoger material biológico o geológico en las Reservas, salvo que existan razones de investigación y educativas que aconsejen su permisividad mediante licencia administrativa (artículos 13.3 y 14.2 in fine). Al respecto el Tribunal Constitucional no podía ser más claro “ningún reproche, desde la perspectiva constitucional, merece esa regulación escueta y sobria, como tampoco la previsión genérica que contiene el artículo 11 de la Ley, en cuya virtud «las normas reguladoras de los espacios naturales protegidos determinarán los instrumentos jurídicos, financieros y materiales que se consideren precisos para cumplir eficazmente los fines perseguidos con su declaración» ” (STC 102/1995, 26 de junio de

No sólo el entorno, sino también el momento histórico determinan el grado de necesidad de la norma: 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 --e introduciendo aquí también el control del límite del contenido esencial-- “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). Es decir, cuando se ponderen varios intereses, también en el juicio de proporcionalidad, debe asegurarse que ningún derecho será destruido del todo. En todo caso debe respetarse el contenido esencial.

No sólo la protección del entorno sino también una mejora de éste se considera una necesidad que permite la restricción de derechos patrimoniales para que se obtenga tal fin. Ejemplo de ello es cuando el aprovechamiento de la propiedad forestal queda sujeta a limitaciones administrativas que están y deben estar inspiradas en: el principio de conservación y mejora de las masas forestales, en las que debe incluirse la protección del suelo frente a la erosión y la defensa del medio ambiente, que a su vez es un bien constitucionalmente protegido en virtud del artículo 45 de la Constitución (sentencia de 13 de octubre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª))¹⁷⁸.

El Tribunal en primer término y antes de entrar en la materia concreta y en respuesta a las

1995, FJ 14 F b)).

¹⁷⁸ En la sentencia de 13 de octubre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) se pretende talar plantas, matarrasa --y no un bosque como en los otros dos casos sobre propiedad forestal ya descritos-- con el fin de plantar eucaliptos. La sentencia del Tribunal Supremo contesta a un recurso contra la sentencia del TSJ de Catalunya de 26 de junio de 1991 confirmó la Resolución de 25 de julio de 1988 de la DG Política Forestal de la Generalitat de Catalunya, desestimatoria del recurso de alzada ante la sección sobre el medio natural de Girona que denegó a la actora autorización para proceder a la corta de matarrasa (arreu) y posterior repoblación de eucaliptos de 22 hectáreas de la finca de su propiedad “Can C.”, sita en el término municipal de Quart. La tala y la posterior plantación de eucaliptos se negó porque existe, en el caso que se planten eucaliptos, un riesgo de desertización, erosión del terreno, cuando el objetivo de la norma es evitar esto y garantizar la conservación y mejora de las masas forestales.

alegaciones de la propietaria dispone: “ha entrado en crisis la concepción clásica de la propiedad”. A ello añade que el derecho de propiedad no es un derecho unitario, sino que la propiedad se configura hoy a través de la legislación especial y en razón de su función social. Y continuando con los preámbulos concluye que la propiedad es “un derecho “elástico” dotado de diferente contenido e, incluso de diferente estatuto. Así, el pluralismo del derecho de propiedad deriva de la multiplicidad de normas especiales”¹⁷⁹ (sentencia de 13 de octubre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 4)).

Volviendo al caso específico el Tribunal Supremo respecto a “la propiedad forestal” --así la denomina-- afirma que ésta ha sido objeto de una tradicional regulación especial” (sentencia de 13 de octubre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 4)). Su aprovechamiento queda sujeto a limitaciones administrativas que están y deben estar inspiradas en: el principio de conservación y mejora de las masas forestales, en las que debe incluirse la protección del suelo frente a la erosión y la defensa del medio ambiente, que a su vez es un bien constitucionalmente protegido en virtud del artículo 45 de la Constitución (sentencia de 13 de octubre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 4))¹⁸⁰.

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 y ello está justificado por la

¹⁷⁹ El Tribunal Supremo incluso cita la célebre sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 que establece que el derecho de propiedad es un “...haz de facultades individuales... pero también, al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y cargas establecidos de acuerdo con las Leyes en atención a valores o intereses de la colectividad” (sentencia de 13 de octubre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 4)).

¹⁸⁰ Estas limitaciones, concreta la sentencia, por otra parte, “no desnaturalizan el contenido esencial de la propiedad desde la consideración de cualquiera de los dos sistemas metodológicos utilizados al respecto por el TC” (sentencia de 13 de octubre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 4)). La decisión se refiere a dos criterios utilizados por el Tribunal Constitucional, para determina si la limitación es o no constitucional: “desde el examen del conjunto de facultades que atribuyen la *recognoscibilidad* social al derecho de propiedad, y desde la protección jurídica de los intereses que integran el núcleo del derecho de propiedad” (sentencia de 13 de octubre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 4)). Es decir, el Tribunal Constitucional para este análisis trae a colación el examen que se utiliza para determinar si un contenido esencial de un derecho fundamental se ha visto afectado o no. En base a ello el Tribunal Supremo concluye que “aparece constitucionalmente justificado que también en los montes los derechos particulares se realicen dentro de los límites que permitan los intereses de su conservación y mejora... la sujeción a licencia de las cortas o aprovechamientos maderables... y los cortes ha hecho o de aclareos intensivos lleve aparejada la obligación, por parte del dueño, de repoblar el arbolado...” (sentencia de 13 de octubre de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 4ª) (FJ 4)).

necesidad de la medida (STC 66/1991, de 22 de marzo)¹⁸¹. En la decisión 66/1991, como es sabido, en cuanto al examen de la medida respecto a la distribución de competencias se utiliza directamente ya el criterio de la *proporcionalidad*, y se decide que la medida es proporcionada en cuanto se pretende la protección de un bien constitucional: el medio ambiente.

Desde la perspectiva del derecho a la propiedad privada el Tribunal Constitucional realiza una serie de afirmaciones derivadas no tanto del hecho de que, como el Abogado del Estado aduce en abstracto, se impidan actos dispositivos sobre un bien susceptible de apropiación, sino del hecho de que a resultas de la prohibición puede verse 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 declaren *extra commercium*. Lo determinante en este caso es pues que repentinamente, ni que sea por razones medioambientales, muchas personas ven limitado su derecho de propiedad ya que este queda fuera de comercio (STC 66/1991, FJ 2) --en Estados Unidos, como ya se ha visto, ocurre un caso parecido con las plumas del águila imperial que debido a su peligro de extinción se prohibió la venta, compra o intercambio sin que ello se considerara una expropiación (*Andrus v. Allan*).

El Tribunal Constitucional español recuerda que “no toda medida que incida en la libre circulación de bienes -y personas- por el territorio nacional es necesariamente contraria al art. 139.2 CE, sino que únicamente lo será cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean *desproporcionados* respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada (STC 37/1981, FJ 2)” (STC 66/1991, FJ 2)). Esta medidas son admisibles siempre y cuando «resulte

¹⁸¹ La delimitación del derecho de propiedad en relación a las limitaciones sobre el comercio impuestas por razones medioambientales es una regulación del derecho de propiedad conforme a la Constitución. La sentencia del Tribunal Constitucional 66/91, de 22 de marzo es una decisión conocida por sus afirmaciones respecto a la distribución de competencias y a la libertad de comercio entre Comunidades Autónomas. En ella también se hacen algunas reflexiones importantes respecto al medio ambiente y a la propiedad privada. En este supuesto el Gobierno de la Nación impugna y pide por la vía del Título V de la LOTC que se declare la nulidad del art. 2 de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León, de 7 de enero de 1988, por la que se prohíbe la venta de cangrejos vivos de río de cualquier especie en todo el territorio de la Comunidad Autónoma. La medida impugnada se orienta a la ordenación zootécnica sanitaria del cangrejo en las aguas fluviales de la Comunidad, debido al agravamiento de la afanomicosis --peste del cangrejo-- acentuada por la aparición de otras especies introducidas fraudulentamente en las aguas citadas. El Gobierno estima que tal medida obstaculiza la libre circulación de una categoría de bienes -los cangrejos- en todo el territorio español y resulta desproporcionada a los fines de protección de los ecosistemas fluviales y del medio ambiente.

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, FJ 6)” (STC 66/1991, FJ 2). En cuanto al derecho de propiedad, y en base a otras decisiones (STC 26/1981, FJ 15) el Tribunal Constitucional establece que los derechos que la Constitución reconoce no son garantías absolutas. Los derechos pueden verse sometidos a restricciones que serán tolerables siempre que sean *proporcionadas*. Para que sean proporcionales deben adecuarse a la consecución del fin constitucionalmente legítimo que persigan¹⁸². Y, por otro lado, debe darse una relación de causalidad, apunta el Tribunal¹⁸³.

Además el Tribunal Constitucional a ello añade un criterio propio del *strict scrutiny*—lo que es lo mismo, insiste en el requisito de la necesidad de la norma (que es uno de los tres elementos del principio de proporcionalidad, como ya se dijo): Este tipo de normas deben ser indispensables, han de ser “inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor” (STC 66/1991, FJ 2). Aquí queremos recordar que el Tribunal Constitucional normalmente para analizar la constitucionalidad de las normas que regulan el derecho de propiedad utiliza el *mere scrutiny*, es decir, y a grandes rasgos: si existe una habilitación constitucional hacia los poderes públicos que justifique la regulación o limitación del derecho de propiedad y además se observa en segundo término si esa regulación es arbitraria, o no razonable; si no lo es la regulación se considera constitucional. En este caso sin embargo, respecto al comercio claro, se dispone que puede establecerse esa norma restrictiva del comercio, e indirectamente del derecho de propiedad --porque el bien pasa a ser una *res extra commercium*—sólo si existe un fin que por mandato constitucional deba protegerse y si además no hay otra forma menos restrictiva para con los *derechos* que puedan lograr el mismo fin. Así pues, nosotros entendemos que, cuando se mezcla derecho de propiedad y comercio entre Comunidades

¹⁸² El fin debe ser legítimo, constitucional. En Estados Unidos, por ejemplo, se declaró inconstitucional la norma que a pesar de ser aparentemente legítima, perseguía excluir a las comunas de hippies de los beneficios sociales planeadas para las personas, familias, con menos recursos. Como la norma se creó para excluir, expresamente a un grupo (los hippies) se consideró inconstitucional (*US Department of Agriculture v. Moreno* 412 US 528 (1973)).

¹⁸³ El Tribunal Constitucional precisa que para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación 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 León en orden a la protección de los ecosistemas fluviales y del medio ambiente, es preciso efectuar un juicio de PROPORCIONALIDAD, en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad constitucional del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición en cuanto medio ordenado para hacerlo posible (STC 66/1991, FJ 2).

Autónomas, se aplica el requisito de la necesidad (y en suma el test de la proporcionalidad de manera “más formal”).

En definitiva se reconoce por el Tribunal Constitucional que se están imponiendo también trabas al uso y disfrute de la propiedad pero se establece que estas son proporcionadas y constitucionales. La exigencia de que haya una relación de causalidad y necesidad entre la medida y el resultado de ella no presenta tampoco ningún problema. Además esta medida viene apoyada por la noción de función social de la propiedad que en este caso equivale a la protección del medio ambiente. La prohibición impugnada, es constitucional tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada ya que a juicio del Tribunal Constitucional desde la perspectiva seleccionada por el Abogado del Estado, de los fines propios de la Comunidad de Castilla y León en orden a la protección de los ecosistemas fluviales y del medio ambiente, pasa el juicio de proporcionalidad, existe la legitimidad constitucional del mismo, la relación de causalidad y la necesidad de la medida (STC 66/1991, FJ 2). De modo que los objetivos, lejos de merecer reprobación alguna por parte del Tribunal Constitucional, son, en lo que tienen de protección especies biológicas, constitucionalmente legítimos, y a su logro -- la «protección de los ecosistemas» -- “puede y debe orientar su acción la Comunidad de Castilla y León” (STC 66/1991, FJ 3). La Comunidad Autónoma, como todos los poderes públicos debe obedecer al mandato que el art. 45.2 de la Constitución les encomienda que es la tarea de velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales» , mandato en el que este Tribunal ha acertado a ver una limitación para el derecho a la propiedad (STC 227/1988, FJ 7), que igualmente puede operar respecto de otros derechos o principios constitucionales como los invocados por el Abogado del Estado (STC 66/1991, FJ 3). En definitiva estamos ante una limitación para el derecho a la propiedad que el Tribunal Constitucional no considera, por el momento, susceptible de ser merecedora de indemnización. Por ello el Tribunal desestima la impugnación interpuesta por el Abogado del Estado.

Vuelve emplearse el test de la proporcionalidad en la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre de 1988 se resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la antigua Ley de Aguas, 2 de agosto de 1985; que es desestimado. En la decisión se hace referencia expresa al principio y en concreto al requerimiento de la necesidad – que no haya una forma menos lesiva para los derechos para conseguir igual fin legítimo. Por lo tanto, cuando la Ley establece que el agua debe estar sometida a planificación, cualquier derecho dominical sobre, ella será una delimitación del derecho de propiedad conforme con la Constitución.

La *necesidad* de la medida viene fundamentada por la misma ley (cosa que el Tribunal Constitucional corrobora): La Ley de Aguas declara en su Preámbulo que «el agua es un recurso natural escaso, indispensable para el ejercicio de la inmensa mayoría de las actividades económicas; es irremplazable, no ampliable por la mera voluntad del hombre, irregular en su forma de presentarse en el tiempo y en el espacio, fácilmente vulnerable y susceptible de usos sucesivos» (STC 227/1988, FJ 6). Por estos motivos el legislador estima que «se trata de un recurso que debe estar disponible no sólo en la cantidad necesaria sino también con la calidad precisa», que esta disponibilidad «debe lograrse sin degradar el medio ambiente en general y el recurso en particular, minimizando los costos socioeconómicos y con una equitativa asignación de las cargas generadas por el proceso, lo que exige una previa planificación hidrológica y la existencia de unas instituciones adecuadas para la eficaz administración del recurso» (STC 227/1988, FJ 6).

Esta necesidad justifica la medida (la regulación) restrictiva para los derechos patrimoniales: La Ley, cuando declara que todo el agua continental debe pasar a ser calificada como dominio público estatal, a fin de garantizar un planeamiento del agua de acuerdo con sus objetivos constitucionales – garantizar su reparto, su potabilidad, evitar la escasez,..—, está haciendo una regulación de los derechos de propiedad que pueden verse afectados conforme con la Constitución.

Los intereses que han de protegerse, descritos en el párrafo anterior, son tan relevantes que de ello tanto el legislador como el Tribunal Constitucional deducen que es imprescindible reconocer el agua con una sola calificación jurídica: “como bien de dominio público estatal, a fin de garantizar en todo caso su tratamiento unitario” (Ley de Aguas). En congruencia con esta filosofía de la Ley que, por lo que ahora interesa, se extrae de su Preámbulo, los artículos 1.2 y 2 declaran de dominio público las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables, los cauces de corrientes naturales, los lechos de los lagos, lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos, así como los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos (STC 227/1988, FJ 6). La declaración general de demanialidad es una delimitación de los derechos que puedan verse afectados conforme a la Constitución. Ahora bien, a juicio del Tribunal la Ley no ha desconocido los derechos de naturaleza privada preexistentes a la misma (STC 227/1988, FJ

6)¹⁸⁴.

La proporcionalidad, el requisito de la *necesidad*, sin embargo, en este caso es interpretado de una forma un poco heterogénea. Recordamos que la necesidad implica evitar cualquier sacrificio más allá de lo estrictamente necesario. En cambio el Tribunal Constitucional afirma que: De la interpretación sistemática de los artículos, 33, 45.2, y 128.1 de la Constitución cabe derivar la tesis de que no es necesario que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales y, en especial, de un recurso tan vital y escaso como el agua, deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual (STC 227/1988, FJ 7)¹⁸⁵. El Tribunal Constitucional justifica este tipo de regulación tan extrema, y a nuestro juicio excesivo (aunque los resultados nos gusten) en base al art. 132.2 CE: A su juicio el art. 132.2, al tiempo que excluye directamente la titularidad privada de algunos géneros de bienes, permite al

¹⁸⁴ En consecuencia, no estamos ante una expropiación – mejor dicho, no estamos ante una regulación excesiva y por lo tanto inconstitucional-- sino ante una delimitación del derecho de propiedad que actúa ante los bienes de dominio público – o que lo van a ser como en este caso-- cuando la Ley de Aguas establece que los propietarios de derechos dominicales afectados por la demanialización podrán escoger entre: o bien convertir éstos en otros que la Ley denomina «de aprovechamiento temporal de aguas privadas» que serán respetados por un plazo máximo de cincuenta años -a lo que se añade un derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa en favor de quienes, al término de dicho plazo, se encontraran utilizando los caudales, en virtud de título legítimo-, o bien podrán mantener la titularidad de los derechos anteriores «en la misma forma que hasta ahora», aunque en este último supuesto, sin embargo, no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas. Tampoco se trata de una expropiación cuando la Ley determina que, en cualquiera de las dos opciones, el incremento de los caudales totales utilizados o la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento requerirán la oportuna concesión que ampare «la totalidad de la explotación», aparte de que, en todo caso, a los aprovechamientos de aguas a que se refieren una y otra les son de aplicación las limitaciones establecidas en la Ley al uso del dominio público hidráulico. La Ley señala expresamente que «el carácter opcional de la alternativa» exime a la Administración de cualquier obligación compensatoria. A juicio del Tribunal Constitucional la Ley delimita el derecho de propiedad – en las Disposiciones transitorias segunda y tercera-- que podían tener los propietarios sobre las aguas de manera grave, por lo menos para ellos. La Ley, así como el Tribunal Constitucional, entienden que las opciones que se ofrecen a los titulares de estos derechos dominicales sobre el agua, que ahora pasará a ser dominio público, son, en general, suficientes como para afirmar que a grandes rasgos la Ley no está imponiendo una expropiación – expropiación legislativa--sino una delimitación del derecho de propiedad que no exige indemnización – en general, repetimos (STC 227/1988, FJ 6).

¹⁸⁵ Primero el Tribunal Constitucional reconoce, una vez más, que la Constitución sanciona una garantía de la propiedad y de los bienes y derechos patrimoniales de los particulares (art. 33) y que esa garantía no es absoluta, ya que el art. 128.1 establece que «toda la riqueza del país en sus distintas formas está subordinada al interés general», y, por lo que aquí interesa, el art. 45.2 impone a los poderes públicos el deber de velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Y a continuación declara que de una interpretación sistemática de estos preceptos no cabe derivar la tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales y, en especial, de un recurso tan vital y escaso como el agua, deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual. Más en concreto, la Constitución no garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes (STC 227/1988, FJ 7).

legislador declarar la demanialidad de otros. De manera que conforme a esta previsión constitucional, la opción de incluir las aguas continentales en el dominio público es legítima en todo caso (STC 227/1988, FJ 7).

Por lo tanto que hubiesen habido formas menos lesivas para con los derechos patrimoniales de regular la propiedad sobre el agua, continúa el Tribunal, no implica que la norma sea arbitraria (y aquí mezccla el juicio de la proporcionalidad con el de no arbitrariedad). No obstante, de ello no puede deducirse que el Tribunal Constitucional no acepte ningún límite a la actuación del legislador. Para el Tribunal la potestad del legislador no puede, sin infringir la Constitución, ejercerse *desproporcionadamente*, con sacrificio excesivo e innecesario de los derechos patrimoniales de los particulares, pero también lo es que, por lo que se refiere a los recursos hidráulicos, la Ley de Aguas no impone tal sacrificio excesivo, si se tiene en cuenta, por un lado, que la mayor parte de dichos recursos son ya del dominio público, conforme una tradición ininterrumpida de nuestro Derecho histórico, y por otro, que la propia Ley 29/1985 permite, aunque con ciertas limitaciones dirigidas en su conjunto a la realización de los objetivos que los recurrentes parecen compartir o al menos no combaten, que los titulares de derechos sobre aguas privadas mantengan su titularidad «en la misma forma que hasta ahora». Si a ello se añade que a todos los aprovechamientos de aguas, sean públicas o privadas, han de aplicarse en el futuro las normas relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico (apartado 4 de las Disposiciones transitorias segunda y tercera), el Tribunal concluye que la opción del legislador favorable a la demanialización de las aguas continentales, pero respetuoso al tiempo de la voluntaria conservación de los derechos privados preexistentes, no es en modo alguno inconstitucional por desproporcionada (STC 227/1988, FJ 7).

La decisión apunta que en definitiva el legislador ha elegido una de las distintas alternativas posibles, explícitamente amparada por el art. 132.2 de la Constitución, sin infringir por ello el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el art. 9.3 del mismo Texto constitucional (STC 227/1988, FJ 7).

El Tribunal Constitucional culmina esta doctrina, en que la necesidad se interpreta de forma laxa, en la sentencia STC 149/1991, sobre la Ley de Costas. Así, expresa que, en este tipo de derecho de propiedad privada – en relación al dominio público-- no se aplica el principio de primacía de los derechos fundamentales. En relación al mandato constitucional establecido en el artículo 132.2 CE y el mantenimiento de terrenos de propiedad privada (enclaves), en el espacio demanial no cabe invocar el

principio que repetidamente ha defendido el Tribunal Constitucional de la primacía de los derechos constitucionalmente garantizados --es decir, que cualquier limitación de éstos, aunque no afecte a su contenido esencial, sólo es constitucionalmente legítima cuando la consecución de la finalidad perseguida por la norma no puede ser alcanzada sin imponerla.

En nuestro país el Tribunal Constitucional aplica al derecho de propiedad el *mere scrutiny*. Es decir, a menos que la norma sea arbitraria se mantiene ésta y será el que la recurra el que deberá probar que es arbitraria (STC 149/1991, FJ 8 A). El Tribunal distingue entre limitación real y meras desventajas: “aunque sí conviene advertir que no cabe invocar, en apoyo de esta solución el principio que repetidamente hemos afirmado y que continuamos manteniendo de la primacía de los derechos constitucionalmente garantizados, “del que se sigue que cualquier limitación de éstos, aunque no afecte a su contenido esencial, sólo es constitucionalmente legítima cuando la consecución de la finalidad perseguida por la norma no puede ser alcanzada sin imponerla” (STC 149/1991, FJ 8 A). Ese principio, en efecto, “sólo es aplicable a aquellas normas que afectan directamente al contenido del derecho, no a aquellas otras que teniendo objeto distinto producen inconvenientes o desventajas a algunos titulares de derechos por las circunstancias concretas que en ellos se dan” (STC 149/1991, FJ 8 A).

En fin, parece que el Tribunal Constitucional esté afirmando que el test de la proporcionalidad sólo puede aplicarse si estamos ante la afectación del contenido esencial de un derecho fundamental. Será que no lo hemos entendido bien porque si no no comprendemos el razonamiento de esta decisión y más si se relaciona con otras decisiones donde sí se aplica el principio de proporcionalidad. Además, creíamos, y seguimos defendiendo – apoyándonos en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional--, que el contenido esencial de los derechos fundamentales no podía vulnerarse en ningún caso.

Seguimos. El principio de proporcionalidad se aplica, asimismo, en la propiedad urbana para evaluar si los límites a ésta, que vienen de la planificación sobre todo, están justificados en base al interés general; para ver si los medios se adecuan al fin. Destaca, en este tipo de casos, el hecho que la alusión al principio de proporcionalidad, se mezcle, de manera insistente, con el de razonabilidad.

Se aplican estos dos tests (el de la razonabilidad y el de la proporcionalidad), a la par, en la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 (de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)) para declarar que 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 el artículo que lo regula conforme al artículo 14 de la Constitución; la medida se declara también razonable) (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)).¹⁸⁶.

El Tribunal Constitucional estudia si la diferencia en los supuestos justifica tal disparidad normativa de acuerdo con la Constitución. La decisión recuerda que, en virtud de la doctrina del Tribunal (STC 76/1990, FJ 9º A), habría que indagar si la diferenciación normativa, en lo que a la cuantía del aprovechamiento se refiere y a su consiguiente valoración a efectos expropiatorios, responde o no a una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente admitidos, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo guardar, por ello, una razonable relación 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 Constitución – nosotros creemos que se refiere a que existe una habilitación, incluso un mandato-- y porque, además, “las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos 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 habilitación constitucional – se

¹⁸⁶ 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 local (75%) o por estar incluidos en unidades de ejecución a desarrollar por el sistema de expropiación (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. Así pues, y por lo que al precepto enjuiciado concierne, el legislador le atribuye al titular dominical una cuantía o un porcentaje de aprovechamiento distinto (75 ó 50%) al que rige con carácter general en el art. 27 (85%), y ello, además, por circunstancias no imputables al propietario (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)).

adecue a un fin constitucionalmente legtimo—la norma ser1 constitucional y conforme al artculo 14 CE¹⁸⁷.

La decisi3n se1ala que en el Pre1mbulo de la Ley 8/1990 (apartado IV) se desvela la ratio de 3ste y otros preceptos (la necesidad). El Pre1mbulo afirma que por razones de coherencia, la valoraci3n de los bienes expropiados o sujetos a venta forzosa (por incumplimiento de la funci3n social de la propiedad) debe hacerse en funci3n de las facultades urbanísticas efectivamente adquiridas, teniendo en cuenta la p3rdida o reducci3n de dichas facultades que puedan derivarse del incumplimiento. Y con mayor raz3n, a1ade, en los supuestos en que la expropiaci3n no sea la respuesta a un incumplimiento, el justiprecio deber1 fijarse en funci3n del aprovechamiento urbanístico correspondiente, ya que aqu1 no hay incumplimiento alguno imputable al expropiado, "teniendo en cuenta la inexistencia de carga alguna de gesti3n para 3ste" (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)).

Estamos, pues, ante casos en los que el planeamiento prev1 la realizaci3n de actuaciones urbanísticas por la v1a expropiatoria y en los que los propietarios quedan al margen del proceso de urbanizaci3n, sin soportar, por tanto, las cargas propias del mismo. De ello se extrae que: "desde una perspectiva constitucional" la consecuente asignaci3n de porcentajes inferiores – respecto la capacidad de edificar-- no carezca, a juicio del Tribunal, "manifiestamente" de toda justificaci3n objetiva y *razonable* (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)). Es decir, la norma es proporcionada. Ahora bien, puntualiza la sentencia, "para que tal diferenciaci3n resulte constitucionalmente l1cita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue. Es indispensable, adem1s, que las consecuencias jurídicas que de la distinci3n de los supuestos f1cticos se derivan sean

¹⁸⁷ 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 3ste (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)). Al respecto el Tribunal reconoce que no es f1cil identificar la finalidad o finalidades objetivas que la norma persigue en el complejo entramado normativo en el que se inserta. Sin embargo, el propio t1tulo que encabeza el precepto ofrece algunas pistas, apunta la sentencia: Los objetivos de la norma, recogida en el artculo 32, son determinar la cuantía del aprovechamiento urbanístico cuando se obtiene por "expropiaci3n" –que no parece que se refiera a la expropiaci3n que implica indemnizaci3n si no a una limitaci3n del derecho que puede ser o no "indemnizable"-- no motivada por el incumplimiento de los deberes dominicales –si no por razones de inter3s general, entendemos que se refiere nosotros-- y concurren determinadas circunstancias, finalidad que as1 entendida no puede tacharse en s1 misma de arbitraria (STC 61/1997, de 20 de marzo (Ley del Suelo) (FJ 17 h)). Por lo tanto, la "expropiaci3n" – la limitaci3n-- no por incumplimiento de la funci3n social si no por necesidades derivadas del planeamiento, del inter3s general no se considera ni arbitraria ni contraria al artculo 14 CE.

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 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)).

Consiguientemente, la clasificación del suelo en distintos tipos también se considera necesaria y constitucional, por tener un carácter instrumental e indispensable, delimitando así el derecho de propiedad urbana (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 12 y FJ 13))¹⁸⁸. Así como la norma que establece

¹⁸⁸ El artículo 7 LRSV establece que: "a los efectos de la presente Ley, el suelo se clasifica en urbano, urbanizable y no urbanizable o clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística". Y el 8 LRSV que el suelo: "tendrán la condición de suelo urbano, a los efectos de esta Ley: a) El suelo ya transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar consolidado por la edificación en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística; b) Los terrenos que en ejecución del planeamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo". Estos criterios son constitucionales --y conformes a la distribución de competencias-- si no pretenden o imponen un modelo urbanístico y si su fin es asentar unas "condiciones básicas" respecto el derecho de propiedad (el artículo 8 no está imponiendo un determinado modelo urbanístico manifiesta el TCL, por lo tanto, no está invadiendo competencias) (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 12 y FJ 13)). Además, añade el Tribunal Constitucional, nada impide que para fines de gestión o de urbanización el legislador autonómico pueda superponer a la clasificación del suelo como urbano otra clasificación distinta y adecuada a los fines urbanísticos de reforma interior o de completa transformación del suelo. En estos términos no se puede afirmar que la limitada regulación del art. 7 y del art. 8 LRSV impongan a las Comunidades Autónomas un modelo urbanístico determinado (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 12 y FJ 13)).

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))¹⁸⁹. También es “proporcionado”, según el Tribunal Constitucional, 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))¹⁹⁰. El deber de edificar los

¹⁸⁹ El artículo 10 LRSV dispone realmente una acotación del derecho propiedad urbana importante: “El suelo que, a los efectos de esta Ley, 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”. La transformación del suelo urbanizable, además, tendrá lugar “en los términos establecidos en la legislación urbanística y planeamiento aplicable”. Será cada Comunidad Autónoma –y en los términos que cada una disponga, el órgano encargado de la ordenación o planificación urbanística– quien determine en qué forma y a qué ritmo el suelo urbanizable debe engrosar la ciudad (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 15)).

¹⁹⁰ Es el artículo 14.2 LRSV el que lo establece: “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”. El precepto no es inconstitucional desde el punto de vista competencial (ni desde ningún otro punto de vista se entiende ya que el Tribunal Constitucional no dice lo contrario). Debe subrayarse que el artículo habla de ceder *obligatoria y gratuitamente* a la Administración (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 21)). Tampoco es inconstitucional otro supuesto parecido, el que establece la letra c) del art. 14.2 LRSV. Esta norma establece el deber de los propietarios de suelo urbano no consolidado de “ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del correspondiente ámbito; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo”. El art. 14.2 c) LRSV impone hoy, manifiesta el Tribunal Constitucional, como norma de igualación de los propietarios de suelo urbano consolidado, un máximo de cesión de suelo: el correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico patrimonializable. O descrito desde su otra vertiente, el art. 14.2 c) LRSV garantiza a los propietarios de suelo urbano no consolidado al menos el 90 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 22)). El art. 14.2 c) LRSV establece un porcentaje mínimo de aprovechamiento subjetivo (o patrimonializable) a favor de los propietarios de suelo (en concreto, 90 por 100), pero no la base sobre la que se aplica. De ello resultará que la competencia de las Comunidades Autónomas sobre las facultades urbanísticas de la propiedad del suelo urbano no consolidado no resultará sólo de la posibilidad de elevación de ese porcentaje mínimo de aprovechamiento subjetivo, sino de la competencia para determinar los ámbitos de la equidistribución (todo el suelo urbano no consolidado, o porciones limitadas de ese), y la fórmula misma del aprovechamiento urbanístico patrimonializable. En estos términos, es claro, subraya la sentencia, que la norma del art. 14.2 c) LRSV contiene una norma de igualación mínima en el ejercicio del derecho de propiedad amparada por el art. 149.1.1 CE (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 22)).

solares en plazo, se regula en el art. 14.2 f) LRSV y es también constitucional y una delimitación del derecho de propiedad urbana que se adecua a la necesidad de asegurar el planeamiento urbanístico (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 24))¹⁹¹.

En otras ocasiones, se alude a la debilidad y provisionalidad del título y a la necesidad entendida en sentido extremo. En consecuencia, una regulación que establece que en determinados casos, y si el uso tiene carácter provisional, pueden cesarse o demolirse las actividades urbanísticas es constitucional y una delimitación correcta del derecho de propiedad urbana (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 29))¹⁹².

¹⁹¹ La exigencia de documentación es también una regulación del derecho de propiedad constitucional. El Estado también establece el *derecho de consulta urbanística (también una delimitación del derecho constitucional)*. El derecho de consulta está contenido en el art. 16.2 LRSV: "En otro caso, las Comunidades Autónomas, a través de la legislación urbanística, regularán la tramitación, determinaciones y contenido de la documentación necesaria para proceder a esa transformación. Asimismo, esta legislación regulará los efectos derivados del derecho de consulta a las Administraciones competentes sobre los criterios y previsiones de la ordenación urbanística, de los planes y proyectos sectoriales, y de las obras que habrán de realizar a su costa para asegurar la conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación de conformidad con lo dispuesto en el punto 3 del artículo 18 de esta Ley. Dicha legislación fijará, igualmente, los plazos de contestación a la referida consulta". El art. 16.2 LRSV está referido a los propietarios de suelo urbanizable "residual" o "diferido"; esto es, a los propietarios de aquel suelo urbanizable donde —de acuerdo con la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas— aún no es posible instar la aprobación del planeamiento que abre el camino a la transformación física del suelo. A estos propietarios reconoce el art. 16.2 LRSV el derecho a consultar a la Administración competente sobre las condiciones de urbanización de sus terrenos (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 28)).

¹⁹² El artículo 17 de la Ley establece una delimitación del derecho de propiedad con una carga para el propietario realmente grave: "En el suelo comprendido en sectores o ámbitos ya delimitados con vistas a su desarrollo inmediato, en tanto no se haya aprobado el correspondiente planeamiento de desarrollo, sólo podrán autorizarse excepcionalmente usos y obras de carácter provisional que no estén expresamente prohibidos por la legislación urbanística o sectorial ni por el planeamiento general, que habrán de cesar, y en todo caso, ser demolidas sin indemnización alguna, cuando lo acordare la Administración urbanística. La autorización, bajo las indicadas condiciones aceptadas por el propietario, se hará constar en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo establecido en la legislación hipotecaria. En el resto del suelo urbanizable podrán autorizarse, antes de su inclusión en sectores o ámbitos para su desarrollo, los usos previstos en el artículo 20 de la presente Ley". El Tribunal Constitucional vuelve a insistir, como lo hacía en el fundamento jurídico sexto que la LRSV regula la propiedad urbana vinculando su contenido y disfrute a la ordenación urbanística de cada ciudad, por ello esta delimitación "tan grave" a nuestro entender, es constitucional. El Tribunal Constitucional precisa que debido a que la propiedad urbana se condiciona a la ordenación urbanística se puede explicar que los usos privados en el suelo urbanizable —entre tanto no se proceda a la transformación conforme al planeamiento urbanístico— deban ser sólo provisionales; de esta forma asegura el art. 17 LRSV que el posible disfrute actual de la propiedad privada sobre suelo urbanizable no impida el cumplimiento de lo dispuesto en la ordenación urbanística de cada ciudad (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 29)). Y en base a lo expuesto sigue y afirma que el grado de provisionalidad o excepcionalidad de los usos u obras sobre suelo urbanizable (en tanto tiene lugar la urbanización) dependa, según dispone el art. 17 LRSV, de lo inminente que resulte la transformación física del suelo: allí donde el suelo urbanizable esté encuadrado en sectores o ámbitos de urbanización (y, por tanto, donde la ejecución del planeamiento urbanístico es inminente) la vinculación de la propiedad urbana al planeamiento urbanístico demanda mayor provisionalidad en los usos y obras que cuando aún no existen aquellas "condiciones" para el desarrollo del suelo urbanizable (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 29)). La gradación de la provisionalidad y excepcionalidad de los usos y obras en suelo urbanizable enlaza estrechamente, concluye la disposición, con la configuración de la propiedad urbana por la que ha optado el Estado en la LRSV. Y por lo mismo, reiterando el criterio expuesto en el fundamento jurídico 6, subraya que nos hallamos ante un precepto *prima facie* incardinable en la competencia estatal definida por el art. 149.1.1 CE, (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 29)) por

También es considerada una “carga” necesaria que justifica 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, ... Ésta norma es declarada constitucional y a juicio del Tribunal Constitucional 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))¹⁹³.

Y recordamos lo que ya se dijo en el análisis de otros principios: 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))¹⁹⁴.

En cambio, no pasa el juicio de la proporcionalidad –aunque no se alude a este principio directamente– la norma que establece la demanialidad de unos caminos. El Tribunal Supremo declara en

lo tanto, a nuestro entender, ante una regulación constitucional del derecho de propiedad urbana.

¹⁹³ El art. 18 LRSV establece los deberes de los propietarios de suelo urbanizable: “La transformación del suelo clasificado como urbanizable comportará para los propietarios del mismo los siguientes deberes: 1. 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. 2. Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya o adscriba al ámbito correspondiente. 3. Costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación y, en su caso, las obras necesarias para la ampliación o refuerzo de dichos sistemas requeridos por la dimensión y densidad de la misma y las intensidades de uso que ésta genere, de conformidad con los requisitos y condiciones que establezca el planeamiento general. 4. Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del sector o ámbito correspondiente; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo. 5. Proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo. 6. Costear o ejecutar la urbanización del sector o ámbito correspondiente. 7. Edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento”. Este artículo es conforme a la Constitución – y al orden constitucional de competencias (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 30)).

¹⁹⁴ El Tribunal Constitucional establece que es una correcta –conforme a la Constitución– delimitación del derecho de propiedad urbana la Disposición transitoria primera de la LRSV. Ésa dispone que: “El régimen urbanístico del suelo establecido en esta Ley, sin perjuicio de las especialidades sobre gestión y uso del suelo de la legislación urbanística, será de aplicación desde la entrada en vigor de la misma a los planes y normas vigentes en dicho momento, teniendo en cuenta las siguientes reglas: a) Al suelo urbano y al suelo no urbanizable, se les aplicará respectivamente el régimen establecido en esta Ley para el suelo urbano y para el no urbanizable; b) Al suelo urbanizable programado, al suelo apto para urbanizar y al suelo urbanizable no programado se les aplicará el régimen de derechos y deberes establecido en esta Ley para el suelo urbanizable. El desarrollo del suelo urbanizable no programado podrá promoverse directamente, sin necesidad de concurso, mediante los instrumentos de planeamiento previstos en la legislación urbanística” (STC 164/2001, de 11 de julio (FJ 53)).

el caso Vallecas, que el simple factor de estar los viales afectados de hecho al uso común, como medio de acceso, a las viviendas – en este caso chabolas-- con la aquiescencia de su propietario, en modo alguno supone ello la atribución a tales viales de la condición de vías públicas afectadas al dominio público – ya que estos terrenos, entiende el Tribunal no han salido previamente del patrimonio de su propietario. En estos casos debe recaer, conforme al sistema elegido, la expropiación. En este caso pues, a pesar de que existe un interés general (realizar vías públicas) que beneficiaran a todos, incluido el propietario, no es razón suficiente que justifique la medida (no existe proporcionalidad entre el medio y el fin) (sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 5))¹⁹⁵.

¹⁹⁵ La sentencia del TSJ de Madrid de 9 de marzo de 1990, en la que se desestimó el recurso contra el acuerdo de la Comisión de Urbanismo y Medio ambiente de la Comunidad de Madrid de 1987 en el que se aprobaba el proyecto de expropiación de varios polígonos del sector de edificación abierta de Vallecas en razón de reputar calles --donde hasta el momento había chabolas es recurrida y resuelta en la sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª). La parte apelante (Karru SA) defiende que los terrenos son de propiedad privada y así figura inscrito en el Registro de propiedad. Además, apunta el propietario, los terrenos nunca tuvieron la condición jurídica de calles. Los terrenos en el planteamiento urbanístico están clasificados como que deberán ser dedicados a parques y jardines. En los terrenos existen chabolas y vías de acceso a las mismas, sin sujeción a planteamiento alguno, siendo por tanto, interpreta el Tribunal Supremo, de propiedad del apelante (y así lo ha reconocido la Administración en otros proyectos expropiatorios también de Vallecas). En resumen: el Ayuntamiento defendía que los viales a las chabolas ya estaban cedidos a éstos y que estamos tan sólo ante una mera regulación; y en cambio el Tribunal Supremo acaba estableciendo que no, que los terrenos nunca fueron cedidos todavía como calles y que por lo tanto, para este fin es necesario que se indemnice a los propietarios si se realiza una expropiación en este sentido, ya que hasta el momento los terrenos son de propiedad privada. Estos argumentos se concretan en el fundamento jurídico cuarto cuando el Tribunal Supremo dispone que: "Por tanto, el simple factor de estar tales viales afectados de hecho al uso común, como medio de acceso, a las viviendas, con la aquiescencia de su propietario, en modo alguno supone ello la atribución a tales viales de la condición de vías públicas afectadas al dominio público, al no haber salido previamente del patrimonio de su propietario. La expropiación, conforme al sistema elegido, ha de recaer, pues, sobre el terreno propiedad del expropiado cuya inclusión en el proyecto solicita el mismo" (sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 4)). Lo que lleva a que el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico quinto estime el recurso de apelación y declare que el propietario tiene derecho a que sus terrenos le sean valorados e indemnizados teniendo en cuenta que estos son de propiedad privada, y que "se van a destinar al uso como viales, no cedidos a la Administración y que son del dominio privado del apelante,..." (sentencia de 23 de mayo de 1993, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 5)). En conclusión el Tribunal Supremo declara que los terrenos de la sociedad recurrente a que se refiere el proceso habrán que ser valorados e indemnizados a aquéllas.

2. 8. LA CARGA DE LA PRUEBA: LA IMPORTANCIA DE EXAMINAR EN QUIÉN RECAE LA CARGA DE LA PRUEBA EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (ASÍ COMO EN RELACIÓN AL DE NO ARBITRARIEDAD, EL DEL LÍMITE DEL CONTENIDO ESENCIAL O EL DE RAZONABILIDAD).

¿ Quién debe probar que la norma es desproporcionada? ¿E n quién recae el peso de demostrar que una regulación de la propiedad es excesiva? ¿ Conviene determinarlo? En el presente texto se defiende que sí. Sería conveniente que el Tribunal Constitucional -- aunque sea éste al final el que acabe valorando si la regulación es excesiva o no, el que tiene la última palabra— aparte de depurar un poco más todos los principios interpretativos ya expuestos, y las diferencias entre ellos, manifestara, de una forma un poco más consistente, en quién recae argumentar que la norma es, o no es, excesiva y por lo tanto inconstitucional, o no.

De la jurisprudencia constitucional, así como de la ordinaria, se extrae, que en general -- insistimos, ello se extrae, el Tribunal Constitucional no lo ha declarado directamente como un criterio preestablecido--, es el que recurra la norma, la regulación de la propiedad, el que deberá probar que ésta es excesiva, inconstitucional o contraria a la ley. A continuación exponemos algunos ejemplos. Antes, precisamos que los tribunales, en general, ninguna referencia han hecho a quién debe probar el exceso de la norma.

El Tribunal Supremo (sentencia de 9 de febrero de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3^a, Sección 6^a) (FJ 8)), impone la carga al recurrente cuando una Ley que declara una zona como área natural de especial interés -- cuando el Plan anterior preveía la urbanización de la zona-- causando daños patrimoniales directos a un constructor que tendrán que indemnizarse. Los daños, escribe el Tribunal, deberán ser probados y pasados. No se indemniza por daños futuros -- por lo que hubiese podido ganar con la urbanización planificada-- porque estos no son susceptibles de “ser probados”¹⁹⁶. La Ley,

¹⁹⁶ 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 3^a,

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 (sentencia de 9 de febrero de 1999, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) (FJ 8)).

Así, aunque en realidad lo que exige el Tribunal es que se prueben los daños derivados de la legislación, indirectamente, entendemos, se está requiriendo al propietario, al recurrente, que pruebe el exceso de la norma si quiere obtener tales beneficios. Pero, bien, tenemos que reconocer que, en este caso, lo que es la carga de la prueba en relación al exceso de la norma, no acaba de definirse.

Si en el caso anterior se exige al propietario que pruebe los daños, aquí, lo que se exige al recurrente es que demuestre, él, que la norma es arbitraria. Primero el Tribunal determina que 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 (Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de mayo de 1986).

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 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)).

Papelera del Centro SA interpone recurso por la clasificación como suelo no urbanizable especialmente protegido que realiza la Resolución de 26 de julio de 1984 de la Consejería de Ordenación del territorio y medio ambiente y vivienda de la Comunidad de Madrid que aprobó el Plan General de Ordenación Urbana de Navalcarnero y que afecta el terreno en el que está situada la referida industria. El TSJ de Madrid desestimó la petición del la Papelera. La sentencia de 7 de abril de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) resuelve el recurso contra la sentencia del TSJ de Madrid y vuelve a desestimar el recurso del propietario.

La Resolución expresa en su motivación que se basa en razones de interés público y el Tribunal Supremo entiende que ello queda suficientemente justificado. El Objetivo del Plan General es la protección del medio natural y por ello se determina la *proporcionalidad* de la medida. El objetivo en concreto es que se recupere en lo posible su estado original y se reduzca la contaminación del río y se proteja así el paisaje. La sentencia confirma la legitimación de la Administración, y su habilitación para ejercer el “ius variandi”, para realizar tal cambio y apunta que en todo caso debería ser el particular el que demuestre la *arbitrariedad* de ésta y la falta de interés público de la norma: “... en los casos en los que se ejercita una pretensión tendente al mantenimiento de una determinada calificación urbanística de unos terrenos, no se puede olvidar el “ius variandi” de los citados órganos, estando aquella condenada al fracaso en tanto no se pruebe que el interés público, en cuya virtud se ha actuado, no ha existido o ha mediado error en su calificación (Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de mayo de 1986), es decir, mientras no se pruebe su ilegalidad o *arbitrariedad* -sentencias de 5 de marzo de 1985 y 8 de mayo de 1986” también del Tribunal Supremo (sentencia de 7 de abril de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 3)).

Los recurrentes, la papelera, insiste en la deficiencia del estudio económico financiero que sirvió de base para la elaboración el Plan General. El Tribunal Supremo mantiene que tales estudios no constituyen presupuestos vinculantes que puedan afectar la solución del supuesto. Así pues, se entiende de la sentencia que, un plan urbanístico puede cambiarse por parte de la Administración si existen razones de interés público y éste no es arbitrario (sentencia de 7 de abril de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 4)). La inclusión de la propiedad del recurrente, del edificio de la Papelera,

en los terrenos protegidos no es contrario al artículo 33 CE y además el propio Plan compensa tal regulación, precisa el Tribunal¹⁹⁷: La inclusión, pues, de los terrenos propiedad del recurrente en la referida unidad de actuación responde, como señala la sentencia de instancia, a la configuración física de aquellos que permite obtener un jardín público en una parcela contigua a una propiedad municipal. Dicha cesión la compensa el propio Plan, mediante un “columen adicional” que permite, además: respetar los dos edificios de distinto grado de protección en cada una de las parcelas, escribe el Plan y apunta el Tribunal (sentencia de 7 de abril de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 5))¹⁹⁸.

También el Tribunal Constitucional declara que para que la regulación del derecho de propiedad – Ley en este caso—sea declarada inconstitucional el recurrente deberá demostrar que ésta es arbitraria. Y a ello añade, contradiciendo el principio de proporcionalidad, que una delimitación del derecho de propiedad no es arbitraria por el simple hecho de que hubieran habido maneras menos lesivas para con los derechos patrimoniales para establecerla (STC 227/1988, FJ 7).

Los recurrentes hacen todo lo posible para intentar demostrar que la Ley de Aguas de 1985 incurre en *arbitrariedad*. Ésos basan sus argumentos en dos motivos (STC 227/1988, FJ 7): A su juicio la Ley carece de justificación razonable desde la perspectiva del interés general, ya que los objetivos de utilización racional y protección adecuada de los recursos hidráulicos que la Ley persigue podría haberse alcanzado igualmente, y con mayor respeto hacia los derechos individuales, mediante otras técnicas jurídicas distintas a la demanialización de las aguas, especialmente gravosa para aquellos derechos. Éstos creen que la opción del legislador adolecería así de falta de proporcionalidad en

¹⁹⁷ Al propietario se le permite varias obras --tapar medianerías en el extremo norte, crear una fachada principal que delimita el jardín. ... El Tribunal señala que el recurrente, por otra parte, no ha practicado prueba alguna tendente a acreditar que los beneficios concedidos por el Plan, incrementados con aquél “volumen adicional”, no compensen la indicada cesión, limitándose a afirmar que los metros que constituyen la superficie de la unidad de Actuación 1900 m2 no es suficiente para compensar la cesión de 870 m2, sin tener en cuenta que tanto, primero, en la contestación a la demanda, como, después, en la propia sentencia apelada se resalta, que la superficie total de la referida Unidad de Actuación es de 2900 m2, resultando, en consecuencia, incorrectos, al partir de una cifra errónea inicial, los cálculos efectuados por el apelante (sentencia de 7 de abril de 1992, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) (FJ 5)).

¹⁹⁸ Resumiendo, a la Papelera se le impone una compensación, no en dinero, con la que no está de acuerdo y a la que además no se denomina indemnización, sino compensación. Desde luego, si estuviéramos ante una expropiación, la indemnización debería ser, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en dinero.

relación con los fines perseguidos y equivaldría a una especie de sanción expropiatoria no fundada en el incumplimiento de la función social de la propiedad privada. De ahí entienden la arbitrariedad de la Ley --“que el Tribunal Constitucional debe controlar en aplicación del principio de interdicción de la misma (art. 9.3 de la Constitución), de manera semejante, al decir de los recurrentes, a como los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa controlan la arbitrariedad de la Administración” (STC 227/1988, FJ 7).

El segundo motivo que presentan los recurrentes, que el Tribunal Constitucional critica por entender que en cierto modo es contradictorio con el anterior y que hay que entender formulado con carácter subsidiario, consiste en el reproche de que, una vez que el legislador ha optado por la demanialización, es arbitraria la alternativa que se ofrece a los titulares de derechos preexistentes sobre aguas privadas entre aceptar la transformación de su derecho o mantenerlo como hasta ahora, pero sin acceder en este último caso a la protección que brinda la inscripción en el Registro de Aguas, de manera que el carácter opcional de esta alternativa excluye todo derecho a indemnización. La arbitrariedad denunciada radicaría aquí en que se coloca a tales titulares, según expresan algunos de los recurrentes, «entre la espada y la pared», pues se discrimina a los que opten por conservar sus derechos en punto a las garantías de los mismos, constriñéndolos, si quieren gozar de tales garantías, a aceptar voluntariamente la pérdida de sus derechos privados originarios, lo que excluye el carácter expropiatorio de la privación (STC 227/1988, FJ 7). En opinión de los recurrentes, para no incurrir en arbitrariedad la Ley debería haber dispuesto la perpetuación de aquellos derechos privados o, en sentido contrario, la demanialización total imperativa, mediante las correspondientes indemnizaciones.

El Tribunal Constitucional manifiesta que los argumentos de los recurrentes no son, en absoluto, convincentes y que además éstos confunden la noción de arbitrariedad. El Tribunal aclara, una vez más, que “«la noción de *arbitrariedad* no puede ser utilizada por la jurisprudencia constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Administrativo, pues no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquélla en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley» [STC 66/1985, de 23 de mayo; y, en sentido semejante SSTC 108/1986, de 29 de julio y 99/1987, de 11 de junio]” (STC 227/1988, FJ 7). La *arbitrariedad en relación a la ley*, expresa la sentencia, es más difícil de demostrar debido a que la función de legislar no puede entenderse como una simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la Constitución impone, el legislador goza de una amplia

libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria (STC 227/1988, FJ 7). Por ello, el Tribunal Constitucional ha afirmado también que, si el Poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento, «no es suficiente la mera discrepancia política -ínsita en otra opción- para tachar a la primera de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o de distorsión en los efectos legales, ya en la técnica legislativa, ora en situaciones personales que se crean o estimen permanentes (STC 227/1988, FJ 7).

En definitiva, a juicio del Tribunal Constitucional, los recurrentes habrían que “razonarlo en detalle y ofrecer, al menos, una demostración en principio convincente (STC 99/1987, FJ 4)” que en el presente caso no se ofrece. Para el Tribunal no es suficiente la tesis de los recurrentes que defiende que para alcanzar los mismos fines existían otras alternativas posibles y menos lesivas de los derechos patrimoniales de los particulares. Esta alegación no basta para concluir que se ha infringido la interdicción de arbitrariedad (STC 227/1988, FJ 7).

Recapitulando, por lo menos en este caso, el Tribunal Constitucional, parece que se decanta por fijar en los recurrentes la carga de la prueba, que después juzga, que es lo suyo, aunque sea en contra de éstos.

En cambio, en la jurisprudencia ordinaria el caos ya es mayor. A falta de determinar la carga de la prueba, a veces, un tribunal ha decidido, por su cuenta, qué es o no excesivo, sin valorar ninguna prueba -ya sea de los recurrentes o de la Administración--, ni ningún estudio pericial. Nos referimos al caso ya descrito de las pancartas en el solar de la calle República Argentina. Así, en la ciudad un terreno en el que no se ha construido, y que el Ayuntamiento tilda de paisaje por lo cual impide establecer en él grandes carteles publicitarios, no se considera paisaje por el Tribunal porque en él hay “pendiente, rocas, hierbas y matorrales” y por lo tanto esa delimitación del derecho de propiedad urbana - no permitir la fijación de carteles- es contraria a Derecho.

Los criterios empleados por el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de octubre 1995, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) parecen de entrada poco científicos. En este caso el recurso de apelación lo interpone el Ayuntamiento de Barcelona y la parte apelada es una empresa, P SAE, propietaria de unos terrenos sin construir en la Avenida República Argentina de Barcelona. Se recurre la sentencia de 31 de diciembre de 1990 de la Sala contencioso administrativo del TSJ de Cataluña,

sección tercera que acaba anulando la resolución del Regidor-Conseller del ámbito de Urbanismo, Obras y Servicios del Ayuntamiento de Barcelona, de 19 de enero de 1989 por la que se denegó la licencia para instalar diez carteleras publicitarias en la Avenida República Argentina núm. 109-139 de Barcelona. El Ayuntamiento denegó la autorización P SAE para que instalara carteleras publicitarias por razones medioambientales y paisajísticas.

En ambos casos, ambos tribunales, TSJ de Catalunya y el Tribunal Supremo, disponen que al tratarse de un terreno sin valor paisajístico ni medioambiental (“rocoso”), a su entender, debería estar permitido instalar este tipo de carteles. El TSJ de Catalunya en su fundamento jurídico tercero expresa que el terreno en el que P SAE pretendía colocar los carteles publicitarios era un solar de la Avenida República Argentina (núm. 109-139), Barcelona (cerca de la plaza Lesseps y tocando al Tibidabo) y a juicio del TSS es un solar “formado por un terreno rocoso de gran pendiente con algunos matorrales y hierbas y carece de características que lo hagan, como tal, merecedor de especial interés paisajístico, entendido por paisaje”. Para argumentar que no se trata de un paisaje el Tribunal se ampara en el Diccionario de la Lengua Española. De acuerdo con su texto es un paisaje: “cualquier porción de terreno contemplada en su aspecto artístico”. Por lo tanto, interpreta el TSJ de Catalunya “ni el vallado publicitario que se proyecta en su perímetro ha de implicar una armonía paisajística -que no existe como tal- o arquitectónica del entorno, porque no incidirá en la proporción y correspondencia que guardan entre sí las construcciones que rodean el solar” Y por ello “no existe ninguna razón objetable que ampare la denegación de la licencia” (sentencia de 31 de diciembre de 1990 de la Sala contencioso administrativo del TSJ de Cataluña, sección tercera).

Bueno, esto, a nuestro entender, en todo caso lo debería defender una perito. La definición que utiliza en este caso el TSJ de Catalunya y el Tribunal Supremo sobre el terreno, “rocoso... sin valor... con hierbas y matorrales,...” este tipo de definición respecto un paisaje, unas tierras, se utilizó ya por estos tribunales y por los poderes públicos para describir los humedales – muchos de los cuales son hoy Parques Naturales, como Doñana o el del Empordà--, las salinas en las islas, los campos interiores,... No es que en el presente texto no se esté de acuerdo con la conclusión a la que llega el Tribunal; todo lo contrario – creemos que el terreno pocas posibilidades tiene desde el punto de vista ecológico-- lo único que los argumentos: “esto no es un paisaje porque hay pendiente, rocas, hierbas y matorrales” nos parecen poco científicos. Además, esto de que las vallas publicitarias no afectan el paisaje urbano es más que cuestionable.

En el mismo fundamento el TSJ de Catalunya a ello añade que el hecho que el solar esté calificado como parque urbano no impide a su propietario desarrollar en él las facultades que le da su derecho dominical en orden a su vallado o cercado porque estas actividades ni constituyen edificación ni tan siquiera proyectan un cierto uso del suelo no permitidos por la normativa una vez el solar, todavía de propiedad privada, adquiera la naturaleza de bien de dominio público. La instalación de las vallas publicitarias, a juicio de este Tribunal, no perjudica el destino a que se somete el solar en la ordenación indicada.

El TSJ de Catalunya decide en favor del propietario del solar. El Tribunal Supremo por su parte expone que el recurso del Ayuntamiento de Barcelona se basa en el hecho de que el solar está destinado a convertirse en zona verde al estar calificado como Parque Natural, y que además goza de una vegetación natural, que “aunque sea de escasa calidad, según el dictamen pericial obrante en autos, y aunque no tenga un especial interés paisajístico, lo que le hace merecedor de conservación visual”. También aquí, el hecho que una vegetación natural se califique de “escasa calidad” nos parece discutible.

En conclusión, los Tribunales deciden que la resolución sí limita la propiedad urbana de forma contraria al Derecho y por ello se anula la resolución del Ayuntamiento, desestimando su recurso.

Para acabar, poco vamos a añadir a lo expuesto, que ya es suficientemente ilustrativo por sí mismo. Tan sólo insistimos en algunos aspectos que consideramos importantes: (i) Es imprescindible que el Tribunal Constitucional formalice un poco más no sólo el principio de proporcionalidad sino todos los otros descritos (el del límite del contenido esencial, el de razonabilidad, el de no arbitrariedad y el de igualdad), así como su aplicación y la diferencia entre uno y otro. (ii) Opinamos que, la aplicación de un control de constitucionalidad en base a uno de estos principios (por ejemplo en base al de proporcionalidad), no tiene porque excluir otro (como el del límite del contenido esencial). Mientras que el Tribunal indique a que principio se refiere en cada caso será suficiente aunque éstos se solaparan ya que cada uno de ellos se refiere a cuestiones distintas (legitimidad de la norma, relación medio-fin, razonabilidad de la medida sin relacionarla al fin, si cabe,...). (iii) En todo caso, es imprescindible que se depure un poco más en quién debe recaer la carga de la prueba, quién debe demostrar que la norma que regula la propiedad es excesiva. Si así se hiciera, creemos, se avanzaría en seguridad jurídica y en la interpretación del derecho constitucional en general y podríamos saber, un poco más de antemano, quizás, *how far es too far*.

CONCLUSIONES.

I. EXISTE UN NUEVO CONCEPTO DE DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

El derecho de propiedad privada es producto de la evolución histórica, no puede concebirse en términos abstractos ni intemporales. A partir de la Constitución española de 1978 aparece un nuevo concepto de propiedad privada que, a pesar de estar profundamente influenciado por la noción de propiedad que hasta entonces existía, contiene elementos inéditos que llevan a una configuración del derecho de propiedad original que debe adecuarse a los principios y valores que esta Constitución establece. Una Constitución que toma como modelo la Ley Fundamental de Bonn, en especial respecto al derecho de propiedad, y que determina que España es un Estado Social, Democrático y de Derecho. Hoy, el derecho de propiedad debe delimitarse conforme a los valores, principios y derechos que esta Constitución establece.

2. EL DERECHO DE PROPIEDAD NO ES NEUTRAL. A TRAVÉS DE ÉSTE SE PRODUCE UNA REDISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA DE MANERA MÁS EFICAZ INCLUSO QUE A TRAVÉS DEL SISTEMA TRIBUTARIO. OPTAR POR EL DERECHO DE PROPIEDAD PARA LA REDISTRIBUCIÓN DE LOS BIENES ES UNA OPCIÓN POLÍTICA. ESCOGER ENTRE EL SISTEMA TRIBUTARIO O A LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD ES UNA OPCIÓN QUE DEBERÁN REALIZAR LOS PODERES PÚBLICOS QUE EN UN U OTRO SENTIDO. AMBAS OPCIONES SON CONSTITUCIONALES SIEMPRE Y CUANDO SE RESPETE EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN BASE AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SE TRATA PUES, DE OPCIONES DE DESARROLLO.

La regulación del derecho de propiedad tiene consecuencias que van más allá del ámbito exclusivamente privado. La redistribución de las riquezas de un país, optar por un modelo económico, y sus instrumentos para lograrlo, pueden hacerse a través de leyes tributarias o mediante delimitaciones del derecho de propiedad que suponen graves cargas a sus propietarios, sin que se vean indemnizados, que llevan a una redistribución de los bienes muy distinta a la que existía antes de tales regulaciones. La regulación de la propiedad supone optar por un sistema de desarrollo que emplea estas normas para el logro de sus fines. Las normas sobre la propiedad no son neutrales, son un instrumento para lograr políticas públicas, de derecho público.

3. EL DERECHO DE PROPIEDAD VIENE DEFINIDO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN, DE UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN QUE VA MÁS ALLÁ DE LO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 33 CE.

El derecho de propiedad privada se delimita en función de lo que establezca la Constitución, en concreto el artículo 33 CE, de acuerdo con otros intereses también reconocidos en ésta como puede ser el medio ambiente. En Estados Unidos a estas tesis para definir el concepto de propiedad se las

denomina teorías de la inclusión de externalidades en la noción del derecho de propiedad. En España, el derecho de propiedad debe definirse en base a lo que dispone el artículo 33 CE y partiendo de éste en relación a otros bienes e intereses también constitucionales.

4. EL OBJETO SOBRE EL QUE RECAIGA EL DERECHO DE PROPIEDAD DEFINE SU ESTATUTO. EXISTEN DISTINTOS ESTATUTOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA.

Las interpretaciones sistemáticas de la Constitución que se realiza para definir el derecho de propiedad deberá hacerse en función de cada tipo de bien sobre el que recaiga el derecho de propiedad. Así, por ejemplo, para definir el derecho de propiedad agraria deben incluirse artículos como el 128.1 y el 45 CE. En cada análisis sistemático de la Constitución para definir el derecho de propiedad se eligen unos artículos u otros de acuerdo con la naturaleza del bien. El objeto sobre el que recae el derecho de propiedad acaba definiendo el estatuto del derecho de propiedad, de cada derecho de propiedad. Existen distintos estatutos de propiedad en función del objeto sobre el que recaiga. En nuestro ordenamiento puede hablarse por consiguiente de multipropiedad.

5. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA FORMA PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO.

La función social del derecho de propiedad delimita su contenido. Ésta es parte intrínseca del derecho de propiedad. La función social debe responder al interés general; por lo tanto, el derecho de propiedad debe responder a éste. Por interés general se entiende cualquier interés que venga legitimado en base a la Constitución. Optar por un u otro interés general, mientras parta de la Constitución, es una opción política. No existen intereses, conforme a la Constitución, más “constitucionales” que otros. Así, el medio ambiente es parte de ese interés general, pero el desarrollo económico también. Decantar la balanza por uno de ellos es constitucional. Eliminar del todo uno de estos intereses generales no; y, por lo tanto, se consideraría, si se demostrase arbitrario, inconstitucional.

6. EL MEDIO AMBIENTE FORMA PARTE DE CASI TODOS LOS ESTATUTOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA.

El análisis de toda la jurisprudencia española nos ha permitido observar que en la inmensa mayoría de los casos el medio ambiente se considera un interés general a tener en cuenta y de ello se desprende también que el medio ambiente es función social de la propiedad privada; un interés general que está presente en casi todas las delimitaciones del derecho de propiedad. Si la función social es parte intrínseca del contenido esencial de la propiedad privada, de ello puede extraerse también que, el medio ambiente forma parte de la delimitación del derecho propiedad privada.

7. LA PROPIEDAD PRIVADA NO ES FUNCIÓN SOCIAL.

Ahora bien, que la función social delimite el derecho de propiedad no significa que el derecho de propiedad sea sólo y deba responder únicamente a su objetivo de función social. La función social forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad; bien, pero ello no implica que la propiedad sea función social. La regulación del derecho de propiedad que recoge la Constitución también reconoce un derecho de propiedad subjetivo. Existen dos dimensiones pues del derecho de propiedad, una objetiva y otra subjetiva. El Tribunal Constitucional ha establecido que ninguna de las dos prevalece frente a la otra. De la lectura de las sentencias constitucionales – así como de las ordinarias—se desprende que los tribunales españoles en general, se han decantado por un concepto del derecho de propiedad que cedía, en la inmensa mayoría de los casos ante el interés general. Un interés general que responde a unos objetivos determinados pero que sin embargo parte de una habilitación constitucional y por lo tanto no puede declararse contrario a la Constitución, por más que el derecho de propiedad se haya visto reducido ya que, en opinión del Tribunal Constitucional, en ningún caso el derecho de propiedad se ha visto conculcado.

8. EL DERECHO DE PROPIEDAD ES TAMBIÉN UN DERECHO FUNDAMENTAL –

Y NO UN DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL.

El derecho de propiedad es un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho de propiedad es un derecho fundamental a pesar de que no disfrute de las garantías especiales de las que gozan los preceptos que van de los artículos 14 a 29 de la Constitución. La distinción entre los derechos de la sección primera de los de la sección segunda es meramente cuantitativa pero no calificativa. Todos los derechos del capítulo segundo son derechos fundamentales. La diferencia está en que unos disfrutan de más garantías que otros. El derecho de propiedad pues, es un derecho fundamental, que goza de unas garantías concretas como lo es la del respeto a su contenido esencial y la reserva de ley. Por lo tanto, la configuración del derecho de propiedad debe hacerse a través de la Ley pero ello no significa que el derecho de propiedad sea un derecho de configuración legal. El derecho de propiedad debe delimitarse en función de lo que disponga la Constitución. El derecho de propiedad además, no puede reconducirse solamente al tipo descrito en el Código Civil español.

9. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEBE DEFINIRSE EN RELACIÓN A CADA TIPO DE PROPIEDAD.

El contenido esencial del derecho de propiedad se define en función también de su objeto. Así si para definir cada derecho de propiedad debe atenderse al objeto sobre el que recaiga; su contenido esencial varía en función de cada tipo de propiedad. Cada estatuto de propiedad tiene su propio contenido esencial por más que exista un núcleo común de esencialidad del derecho de propiedad.

10. EN CUANTO AL DERECHO DE PROPIEDAD PUEDEN SUCEDER TRES COSAS: UNA, QUE EL LEGISLADOR SE APODERE DEL TODO DE LA PROPIEDAD PARA REALIZAR EN ELLA UNA ACTIVIDAD QUE RESPONDA AL INTERÉS GENERAL; LA OTRA, QUE SE IMPONGA UNA REGULACIÓN QUE LA DELIMITE; Y LA

TERCERA, QUE SE IMPONGA A ESTE DERECHO UNAS LIMITACIONES, TAN GRAVES, QUE DEJE A ÉSTA SIN NINGÚN CONTENIDO ECONÓMICO, SIN SU CONTENIDO ESENCIAL.

En el primer caso estaremos ante una expropiación forzosa; en el tercero, seguramente también, es lo que en Estados Unidos se ha denominado *regulatory takings*; en el segundo, es difícil determinar. Aquí hemos establecido unos criterios, partiendo de la doctrina y jurisprudencia españolas, para determinar cuándo estamos ante una delimitación del derecho de propiedad y cuándo ante una regulación tan grave que deba considerarse expropiación – *regulatory taking*.

11. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS EMPLEADOS POR LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA PARA DISTINGUIR ENTRE UNA EXPROPIACIÓN FORZOSA Y UNA DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD SON UNA COMBINACIÓN DE LOS QUE SE ENUMERAN A CONTINUACIÓN:

11. 1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

En general una regulación del derecho de propiedad no se ha considerado inconstitucional, que fuera una expropiación forzosa sin indemnización, si no una mera delimitación del derecho de propiedad que en base al principio de proporcionalidad podía verse corregida en casos concretos.

11. 2. LA SINGULARIDAD Y LA ESPECIAL GRAVEDAD DE LA LIMITACIÓN.

Así, si una propietaria debe soportar de manera especialmente gravosa una limitación de su derecho de propiedad, a diferencia de los otros propietarios; que deriva de la aplicación singular de la regulación general; la regulación general no se considera inconstitucional, pero esta especial y singular carga debe corregirse en base al principio de proporcionalidad. Ejemplo de ello es el caso de los

libreros alemanes que deben entregar todos a la biblioteca pública central cada vez que editen un libro una copia de éste. Se trata de una delimitación del derecho de propiedad, de una regulación general. Ahora bien, el editor de libros de lujo de serie limitada a diez ejemplares por edición ya que cada una es especialmente valiosa soporta una carga que es desproporcionada, por eso, en base al principio de proporcionalidad, este propietario se verá eximido de tal norma general ya que si se le aplicase, a este propietario en concreto, de manera singular, estaríamos ante una vulneración del derecho de propiedad. La regulación general sin embargo sigue siendo constitucional. Este criterio se ha utilizado en muchas sentencias del Tribunal Constitucional y en concreto en las decisiones sobre las leyes de aguas y la ley de costas.

11. 3. EL CONTENIDO ECONÓMICO MÍNIMO.

El otro criterio que han utilizado los tribunales, repetimos, combinado con los anteriores, o de manera alternativa, ha sido el del contenido económico mínimo. Mientras la propiedad siga disponiendo de un contenido económico mínimo, por ridículo que sea, no estamos ante una expropiación si no ante una simple delimitación del derecho de propiedad que no exige indemnización.

11. 4. LA VULNERACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

En todo caso cuando se imponga una limitación sobre el derecho de propiedad que de no indemnizarse supondría una vulneración del contenido esencial entonces estaremos seguramente ante expropiación forzosa. Ahora bien no toda limitación del derecho de propiedad por el hecho que se declare, por las razones expuestas, expropiación forzosa será por ello constitucional. Deberán concurrir además todos los requisitos de tal garantía – procedimiento, causa expropiandi, utilidad pública, utilización del bien expropiado en ese sentido... Se trata además de un contenido esencial que se define en función de cada tipo de propiedad.

11. 5. UNA DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD NO SERÁ INCONSTITUCIONAL A MENOS QUE SE DEMUESTRE QUE ES ARBITRARIA. NO

ES SUFICIENTE DEMOSTRAR QUE HABÍAN MANERAS MENOS LESIVAS PARA EL DERECHO DE PROPIEDAD PARA LOGRAR TAL FIN.

El derecho de propiedad, a pesar de ser un derecho fundamental, ha sido examinado por parte del Tribunal Constitucional en base a criterios que se aplican a los derechos no fundamentales; o por lo menos en base a principios propios del estudio de preceptos no pertenecientes a los preceptos de la sección primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución. En Estados Unidos, cuando se examina un derecho fundamental se aplica el *strict scrutiny*; así cuando aparezca una regulación en relación a un derecho fundamental el poder público que la establezca deberá demostrar – éste, y no el recurrente – que la norma responde a un mandato constitucional y que no había una vía menos lesiva para el derecho fundamental para lograr tal fin. Sin embargo el derecho de propiedad, en Estados Unidos, no es considerado un derecho fundamental. Por lo tanto, en Estados Unidos, respecto al derecho de propiedad, se aplica la técnica del *mere scrutiny*. Es decir, el recurrente debe demostrar – éste, y no el poder público – que la norma es arbitraria, desproporcionada y que no responde a una habilitación – no hace falta que se trate de un mandato. Además, ni que existan vías menos lesivas para lograr el mismo fin, mientras la norma no sea arbitraria – o que persiga un interés no constitucional o discriminatorio *on its face*, únicamente no se declarará inconstitucional o contraria a Derecho.

En España, el derecho de propiedad es un derecho fundamental pero igualmente se aplica la técnica del *mere scrutiny*. Mientras la norma no se demuestre – por quién la recurra – arbitraria y/o que persiga un fin inconstitucional, no se declarará inconstitucional.

12. EL PESO DE LA TRADICIÓN HA SIDO IMPORTANTE EN LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

En la delimitación del derecho de propiedad ha influido el concepto tradicional de la propiedad, de cada tipo de propiedad. Así, ha pesado, por ejemplo en la regulación de los derechos patrimoniales sobre el agua, el hecho que éstos nunca fueron realmente ilimitados, si no que las limitaciones sobre el derecho de propiedad ya existía previamente, y que tradicionalmente teníamos una noción de derecho de propiedad sobre el agua que derivaba en declarar las aguas sobrantes como públicas. Ahora bien, la

tradición se ha definido a partir de la Constitución y solo se ha empleado cuando respondía a los intereses que ésta protege.

13. LA DIFERENCIA ENTRE DELIMITACIÓN Y LIMITACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD SE ESTABLECE CASO POR CASO Y DETERMINA QUIÉN ACABA PAGANDO EL PRECIO DEL DESARROLLO, DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EN DEFINITIVA DE CONSEGUIR LOS OBJETIVOS FIJADOS POR LOS INTERESES GENERALES.

Existen tantos casos sobre propiedad privada y en cada supuesto se han establecido criterios tan diversos que en realidad la diferencia entre delimitación y expropiación del derecho de propiedad se ha acabado definiendo caso por caso a pesar de que existen unos criterios comunes respecto cada tipo de propiedad.

14. EXISTE UN NUEVO CONCEPTO DE PROPIEDAD PRIVADA, QUE NO DEBE CONFUNDIRSE CON EL CONCEPTO DE *THE NEW PROPERTY* NORTEAMERICANO, NI CON EL CONCEPTO DE PROPIEDAD RECOGIDO EN EL CÓDIGO CIVIL, SINO QUE VIENE ESTABLECIDO POR LA CONSTITUCIÓN Y QUE SIGNIFICA QUE LA PROPIEDAD HOY, COMO CASI SIEMPRE EN EL TIEMPO, NO ES ILIMITADA NI EL PARÁMETRO DEL CUÁL DEBE PARTIR EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS. ELLO NO SIGNIFICA QUE NO EXISTA UN ASPECTO INDIVIDUALIZADO DEL DERECHO DE PROPIEDAD. ÉSTE, CUANDO SE AFECTE, DEBE INDEMNIZARSE.

Además, por más que se otorgue indemnización, no toda limitación sobre el derecho de propiedad privada es constitucional. El contenido esencial del derecho de propiedad vincula a los poderes públicos y en especial al legislador y debe respetarse cuando se establezcan limitaciones y

delimitaciones en relación al derecho de propiedad. La vulneración del derecho de propiedad podrá recurrirse ante los tribunales correspondientes por parte de los propietarios o interesados. La propiedad hoy es también un derecho subjetivo que incluye un aspecto social que implica la inclusión de externalidades en éste. Este nuevo concepto no puede confundirse con el concepto de *new property* diseñado en Estados Unidos --liderado por Reich y Michelman que defienden que a través del derecho de propiedad pueden exigirse al Estado cuotas de *welfare*-- este es otro tema.

15. LA PROPIEDAD NO ES UN DERECHO DEBILITADO.

El derecho de propiedad no puede calificarse como un derecho debilitado tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en algunas decisiones. El concepto de derecho debilitado es una figura que surge en Italia y que poco tiene que ver con el concepto de propiedad privada y se ubica en el ámbito del derecho administrativo, por ello aplicarlo al derecho de propiedad español es inviable.

16. LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD, ASÍ COMO EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO, SON INSTRUMENTOS EN MANOS DE LOS PODERES PÚBLICOS PARA PERSEGUIR LOS MANDATOS A QUE ÉSTOS ESTAN CONMINADOS, ASÍ COMO AQUELLAS HABILITACIONES DE LAS QUE DISPONGAN. LA PROPIEDAD Y LA EXPROPIACIÓN SON TAMBIÉN GARANTÍAS PARA LOS PROPIETARIOS.

El Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha repetido que la expropiación forzosa es un instrumento en manos de los poderes públicos para lograr sus fines. Debe recordarse sin embargo, y ello se desprende de la lectura de la Constitución – y de otras decisiones del Tribunal Constitucional— que el derecho de propiedad y la expropiación forzosa incluye también una garantía para las propietarias. El procedimiento expropiatorio es una garantía en si misma. Cuando se dé la expropiación deberá indemnizarse al propietario. Las expectativas no se han considerado bienes

susceptibles de ser indemnizados.

17. EN CUANTO A LA PROPIEDAD AGRARIA DEBE AFIRMARSE QUE LA REGULACIÓN DE ÉSTA DEBE RESPONDER A LOS SIGUIENTES OBJETIVOS – POR ORDEN: EL DESARROLLO ECONÓMICO DEL SECTOR AGRARIO Y EL MEDIO AMBIENTE.

De este modo se ha entendido que el contenido esencial de este derecho de propiedad consiste en que cualquier delimitación del derecho de propiedad que se imponga al propietario deberá hacerse en base a una regulación general que si fuera excesiva, desproporcionada y singular deberá indemnizarse.

18. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD URBANA DEBE PROMOCIONAR EL HECHO QUE TODAS LAS FAMILIAS – CUALQUIER TIPO DE FAMILIA-- TENGAN ACCESO A LA VIVIENDA – Y EN EXPECIAL LAS MÁS DESAFAVORECIDAS—Y ASEGURAR QUE NO HABRÁ ESPECULACIÓN.

El contenido esencial del derecho de propiedad urbana no incluye el derecho a edificar. Las diferencias que se establezcan entre el arrendador y el arrendatario no pueden considerarse contrarias al principio de igualdad ya que estamos ante situaciones distintas. El contenido esencial del derecho de propiedad urbana debe integrarse en la planificación urbanística en relación a este tipo de propiedad que se haya establecido.

19. LA REGULACI3N DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD QUE SE ENCUENTREN EN TERRENOS QUE SE DECLAREN ESPACIOS PROTEGIDOS RESPONDEN EN PRIMER T3RMINO Y PRIORITARIAMENTE A PROTEGER EL MEDIO AMBIENTE.

En este caso el contenido esencial de estos derechos no incluye tampoco el derecho a edificar ni a realizar ninguna actividad contraria a los fines del parque o espacio protegido por razones ecol3gicas. El objetivo de la delimitaci3n de este derecho de propiedad es conseguir un desarrollo que sea sostenible.

20. LOS DERECHOS PATRIMONIALES SOBRE BIENES DE DOMINIO P3BLICO PUEDEN VERSE EXTREMADAMENTE LIMITADOS EN BASE A QUE LA DEMANIALIZACI3N DE TALES BIENES YA SE INTRODUJO EN LA PROPIA CONSTITUCI3N.

Como ya se apunt3 en el texto, estos casos son extremadamente complejos y las cuestiones que surgen ante cada peque1a regulaci3n extensas. A modo de ejemplo aqu3 tan s3lo anotamos un supuesto: Todas las conversiones de los derechos patrimoniales en meras concesiones temporales no suponen una vulneraci3n del contenido esencial del derecho de propiedad si no un mero "reajuste" o "reacomodaci3n" – en palabras del Tribunal Constitucional– del derecho de propiedad.

21. LA REGULACIÓN QUE PUEDA RECAER SOBRE PROPIEDADES INDUSTRIALES Y EMPRESARIALES RESPONDEN A CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES QUE PRETENDEN ASEGURAR UN DESARROLLO QUE SEA SOSTENIBLE.

En este caso el contenido esencial del derecho de propiedad no se verá conculcado por el hecho que se impongan limitaciones para evitar las molestias a los fundos vecinos o perjudicar al medio ambiente.

22. EXISTEN MUCHOS OTROS TIPOS DE PROPIEDAD, Y CADA UNA CONTIENE UNAS PRIORIDADES ESPECÍFICAS Y DISTINTAS QUE DERIVAN EN LA DEFINICIÓN DE UN CONTENIDO ESENCIAL DIVERSO EN CADA CASO. TODAS ELLAS HAN SIDO DESCRITAS EN EL TEXTO.

Para no extendernos en las conclusiones nos remitimos al texto que ilustra todos los tipos de propiedad que nosotros hemos identificado con su definición concreta del derecho de propiedad y su contenido esencial. Aquí tan sólo insistimos en que en cada caso las prioridades han sido distintas y que el contenido esencial de cada tipo de derecho de propiedad ha venido afectado por tales prioridades.

23. EL DERECHO DE PROPIEDAD RESPONDE HOY A UN NUEVO CONCEPTO QUE SE HA VISTO TRANSFORMADO, EN GRAN PARTE, POR LA INCLUSIÓN EN SU CONCEPTO DE LOS INTERESES MEDIOAMBIENTALES.

Queremos insistir en que, a pesar de que en cada caso se han establecido, por parte del legislador, los tribunales y la jurisprudencia; unas prioridades distintas; podemos afirmar que en el 99% de los casos la delimitación del derecho de propiedad ha incluido el interés medio ambiente en algún momento.

El medio ambiente empuja el derecho de propiedad hacia un nuevo concepto que se ajusta a lo que la Constitución establece.

24. CUANDO UNA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD EN ESPAÑA Y ALEMANIA SEA EXCESIVA NO SE CONVIERTE EN UNA EXPROPIACIÓN, EN UN REGULATORY TAKING. LOS REQUISITOS FORMALES ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN LO IMPIDEN. SIN EMBARGO, LAS INDEMNIZACIONES QUE SE OFRECEN PARA EVITAR LEYES “DESPROPORCIONADAS” EN PARTE, ACABAN SIENDO UNA FIGURA PARECIDA A LOS REGULATORY TAKINGS NORTEAMERICANOS.

En Estados Unidos si una regulación es excesiva se convierte en una expropiación, en un *regulatory taking*. En España y Alemania esto no es posible debido a que la misma Constitución exige que la expropiación sea determinada y ejecutada formalmente por una ley que la identifique como tal y la regule. Sin embargo, determinadas regulaciones excesivas de la propiedad privada han pasado el control de constitucionalidad en España, y sobre todo en Alemania, debido a que la misma ley ofreció a un pago reparador con el fin de evitar la vulneración del principio de proporcionalidad para casos concretos sin que se denomine a esta figura una expropiación. El Tribunal Constitucional alemán también ha recurrido a esta figura de los pagos indemnizatorios (o equiparadores) en base al principio de proporcionalidad. En suma, concluimos, que de esta jurisprudencia se desprende que en España, y en especial en Alemania, cabe una figura similar a los *regulatory takings*. Esta figura es similar pero no igual (debido a las razones ya expuestas y a que estos pagos en base al principio de proporcionalidad normalmente se reservan para casos singulares o excesivos). Con ello no queremos decir que estemos de acuerdo con esta figura. Todo lo contrario. Consideramos más apropiado que exista una clara identificación de cada supuesto y una diferenciación inteligible entre regulación de la propiedad y expropiación. Esta diferenciación deberá establecerla el legislador y en segundo término el Tribunal Constitucional de acuerdo con los criterios aquí expuestos. Para acabar, destacamos que la gran mayoría de estos tests, en la jurisprudencia española, ha tenido especialmente en cuenta la protección del medio ambiente, y no sólo como función social y contenido esencial del derecho de propiedad, sino

también como parámetro para valorar y configurar los principios que van a permitir el control de la constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA .

REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y EXPROPIACIÓN:

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.

R. Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo* (Barcelona, 1970).

R. Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano* 3ª ed. (Milano: Giuffrè, 1960).

E. Alonso Garcia, "Los Límites de la Justicia Constitucional: La Constitucionalización de los Derechos Prestacionales del "Welfare State" en Norteamérica", *REDC* 10 (1984) 139-194.

Aragón Reyes, prólogo en *La propiedad privada en la Constitución española*, de F. Rey (Madrid: CEC, 1994).

M. Aragón Reyes, *Estudios de derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998).

M. Aragón Reyes, *Constitucion y democracia* (Madrid: Tecnos, 1989).

L.I. Arechederra Aranzadi, *Propiedad y constitucion de servidumbres* (Madrid: Dykinson, 1993).

P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico* (Napoli: Jovene, 1977).

P. Barcellona y C. Camardi, *Diritto privato e societa moderna* (Napoli: Jovene, 1996).

P. Barcellona, *L'individualismo proprietario* Reimp. 1ª ed. (Torino: Bollati Boringhieri, 1988).

P. Barcellona et al., *Derecho y economia en el estado social* (Madrid: Tecnos, 1988).

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.

J. Barnes Vázquez (coord.) et al, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado* (Madrid: Tecnos-Junta de Andalucía , 1995).

J. Barnés Vázquez, *La propiedad constitucional: El estatuto jurídico del suelo agrario* 1a ed. (Madrid: Junta de Andalucía, Consejería de Agricultura y Pesca-Civitas, 1988).

F. Bartolomei, *L'espropriazione nel diritto pubblico* (Milano: Giuffrè, 1965).

F. Bartolomei, *L'espropriazione nel diritto pubblico* 2 vols. (Milano, Italy: Giuffrè, 1965-1968).

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

M. Bassols Coma: "El Patrimonio Histórico español: aspectos de su régimen jurídico", *RAP* 114 (1987).

M. Bassols Coma, "Artículo 47. Derecho a la vivienda", vol. IV en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996) 306-339.

M. Batlle Vázquez, *La propiedad de casas por pisos* 4ª ed., rev. y actualizada (Alcoy: Editorial Marfil, 1960).

A. Berle y C.G. Means, *The Modern Corporation and Private Property* (New York: Macmillan, 1932)

A. Berle, *Power without Property: a new development in American political economy* (Londres: Sidgwick and Jackson, 1960).

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.

A-M. Bernal, *La propiedad de la tierra y las luchas agrarias andaluzas* (Barcelona: Editorial Ariel, 1974).

J-A. Caballero Gea, *Propiedad horizontal, comunidades de propietarios, complejos inmobiliarios privados: síntesis y ordenación de la doctrina de las audiencias, tribunales y dirección general de los registros y del notariado* 5. ed. reformada y ampliada (Madrid: Dykinson, 1999).

E. Camacho Rueda *Propiedad y explotación agrarias en el aljarafe sevillano : el caso de Pilas, 1760-1925* (Sevilla: Excma. Diputación Provincial de Sevilla, 1984).

J. de Camps i Arboix, *La propiedad de la tierra y su función social* (Barcelona, Bosch, 1953).

Civitas, *Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa. Expropiación forzosa y legislación complementaria* 13. ed. actualizada (Madrid: Editorial Civitas, 1996).

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.

B. Clavero, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)* (Madrid, 1974).

B. Clavero, *Mayorazgo; propiedad feudal en Castilla, 1369-1836* 1ª ed. (Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 1974).

B. Clavero, "Revolución y codificación" *Revista del CEC* 3 (1989) 367-ss.

B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente, *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio* (Milano: Giuffrè, 1990).

Comisión Constitucional del Congreso, *Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso* Núm 55. 5 de enero de 1978 (Madrid: BOC, 1978).

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

A. Comte, *Auguste Comte and positivism: the essential writings* con intr. de G. Lenzer (New York: Harper & Row, 1975).

J.L. De los Mozos, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica* (Madrid:

Edersa, 1993).

G. De Castro, *Reversi3n expropiatoria. Una reflexi3n en la perspectiva civilista* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001).

L. Díez-Picazo y Ponce de León, "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constituci3n", en S. Mart3n-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constituci3n española. Homenaje al profesor Eduardo Garc3a de Enterr3a. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales* (Madrid: Civitas, 1991) 1257-1270.

L. Díez-Picazo y Ponce de León, prologo en *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* de S. Rodota (Madrid: Civitas, 1986).

L. Díez-Picazo y Ponce de León, "Problemas jur3dicos del urbanismo", *RAP* 43 (1964).

L. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial* 5ª ed. (Madrid: Civitas, 1996).

L. Duguit, *Transformaciones generales del Derecho privado desde el C3digo de Napole3n* traducc. C. G. Posada (Madrid: Beltran, 1912)

L. Duguit, *Transformaciones generales del Derecho p3blico* traducc. A. Posada y R. Ja3n, 2ª ed. (Madrid: Beltran, 1926).

P. Escribano Collado, *La propiedad urbana* (Madrid, 1979).

P. Escribano Collado, *Legislacion administrativa* 4ª ed. (Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1985).

"Ethics, Economics, and the Law of Property," *Ethics, Economics, and the Law (NOMOS XXIV)*, eds. J. Penrock and J. Chapman (New York University Press, 1982)

T-R. Fernandez, *Arbitrariedad y discrecionalidad* 1ª ed. (Madrid, Espana: Civitas, 1991).

T-R. Fernandez, *De la arbitrariedad de la administracion* 3ª ed. (Madrid, Espana: Civitas, 1999).

T-R. Fernandez, *De la arbitrariedad del legislador: una cr3tica de la jurisprudencia constitucional*

1ª ed. (Madrid, España: Civitas, 1998).

J. Fernández Fernández, *La propiedad expropiada : jaque a la economía* 1ª ed. (Barcelona: Editorial Mare Nostrum, 1990).

F. Galgano, "Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema" *QF* 2 (1976-77).

F. Galgano, *Dizionario enciclopedico del diritto* 2 vol. (Padova: CEDAM, 1996).

F. Galgano, *Diritto privato* 10ª ed. (Padova: CEDAM, 1999).

E. García de Enterría, "La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después", *RAP* 1561 (2001) 251-268.

E. García de Enterría, "Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas", *RAP* 141 (1996).

E. García de Enterría, "Las garantías de la expropiación forzosa según el Derecho Europeo", *Documentación Administrativa* 222 (1990).

E. García de Enterría y T-R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo I y II 10ª ed. (Madrid: Civitas, 2000).

E. García de Enterría y L. Parejo Alfonso, *Lecciones de derecho urbanístico* (Madrid: Civitas, 1979).

E. García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956).

E. García de Enterría, *De montañas y hombres* (Madrid: Espasa-Calpe, 1998).

F.J. García Gil y J. García Nicolás, *La propiedad horizontal y su jurisprudencia* 2ª ed. (Pamplona: Aranzadi, 1994).

R. Garrabou (coord.), *Propiedad y explotación campesina en la España contemporánea* (Madrid: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación,

Secretaria General Tecnica, 1992).

F. Garrido Falla, "Sobre la responsabilidad del Estado legislador", *RAP* 118 (1989).

F. Garrido Falla et alt., *El Modelo economico en la Constitucion española* 2 vol. (Madrid: Instituto de Estudios Economicos, 1981).

F. Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo* 2 vol. 10^a ed. (Madrid: Tecnos, 1987).

M.S. Giannini, "Basi costituzionali della proprietà privata", *Politica del diritto* 4-5 (1971) 443-ss.

A. Gil Olcina, Antonio, *La propiedad de aguas perennes en el sureste iberico* (Alicante: Universidad de Alicante, 1993).

J. Gonzalez Perez, et alt., *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado* (Buenos Aires: Ed. A. Perrot, 1988).

P. Grossi, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (Madrid, 1992).

P. Grossi, *An alternative to private property: collective property in the juridical consciousness of the nineteenth century*, trans. L.G. Cochrane (Chicago: University of Chicago Press, 1981).

P. Grossi, *Historia del derecho de propiedad: la irrupcion del colectivismo en la conciencia europea*, con presentación de B. Clavero 1^a ed. (Barcelona: Ariel, 1986).

L. Lagarrigue, *La propiedad; positivismo y comunismo* (Santiago de Chile: Imprenta Cervantes, 1925).

J.L. Larrea Lopez, "La propiedad agraria; su naturaleza jurídica" (Tesis Licen., Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 1963).

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.

C. Lasarte, "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", *RGLJ* 71-2 (1975) 135-ss.

C. Lasarte, *Principios de derecho civil* 7 vol. (Madrid: Editorial Trivium, 1996).

C. Lavagna, *Costituzione e socialismo* (Bologna, 1977).

C. Lavagna, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello stato* (Milano, Giuffrè, 1938).

C. Lavagna, *Diritto costituzionale* (Milano: Giuffrè, 1957).

C. Lavagna, *Istituzione di diritto pubblico* 4ª ed. (Torino: UTET, 1979).

J. Leguina Villa, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: su formulacion en el derecho italiano y analisis comparativo con los ordenamientos francés y español* con prologo de E. Garcia de Enterría, 2ª ed. (Madrid: Tecnos, 1983).

J. Leguina Villa, "El régimen constitucional de la propiedad privada", *Centro de Estudios Constitucionales* 3 (1994).

J. Locke, *Essay concerning the true original extent and end of civil government. Second treatise of government*, con introd. C. B. Macpherson (ed.) 1ª ed. (Indianapolis, Ind.: Hackett Pub. Co., 1980).

A. M. Lopez Lopez, *La disciplina constitucional de la propiedad privada* (Madrid: Tecnos, 1988).

A. Lopez Ontiveros y R. Mata Olmo, *Propiedad de la tierra y reforma agraria en Cordoba, 1932-1936* (Cordoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cordoba, 1993).

P. Lucas Verdu, *Estado liberal de derecho y estado social de derecho* (Salamanca: Universidad de Salamanca, 1955).

P. Lucas Verdu, *La Constitución abierta y sus "enemigos"* (Madrid: Ediciones Beramar, 1993).

P. Lucas Verdu, *Teoría general de las relaciones constitucionales* (Madrid: Dykinson, 2000).

C.B. Macpherson, "Liberty, Democracy and Property", propiedad privada. 206-207 en C.B. Macpherson (coord.), *Property* (Oxford: Oxford University Press, 1978).

C.B. Macpherson, "The Meaning of Property", pp. 3-ss en C.B. Macpherson (coord.), *Property*

(Oxford: Oxford University Press, 1978).

C.B. Macpherson, *The political theory of possessive individualism : Hobbes to Locke* (Oxford: Clarendon Press, 1962).

C. B. Macpherson (ed.), *Property, mainstream and critical positions* con introd. Y conclusiones de C.B. Macpherson (Toronto: University of Toronto Press, 1978).

C. B. Macpherson, *The rise and fall of economic justice, and other papers* (New York: Oxford University Press, 1985).

C. B. Macpherson et alt., *Theories of property: Aristotle to the present, essays* editado por A. Parel y T. Flanagan (Waterloo, Ont.: Published for the Calgary Institute for the Humanities by Wilfrid Laurier University Press, 1979).

R. Martín Mateo, *Derecho publico de la economia* 1ª ed. (Madrid: CEURA, 1985).

R. Martín Mateo, "El estatuto de la propiedad inmobiliaria", *RAP* 52 (1967).

L. Martín Rebollo (ed.), *Leyes Administrativas* (Pamplona: Aranzadi Editorial, 2000).

L. Martín Rebollo, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", *RAP* 150 (1999).

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).

O. Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema* (Madrid: Civitas, 2002).

V. L. Montes, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo, un estudio evolutivo desde el Código civil hasta la Constitución de 1978* (Madrid: Civitas, 1980).

C. Montiel Molina, *La propiedad forestal de raigambre señorial en tierras valencianas* (Alicante: Generalitat Valenciana, Conselleria d'Educació i Ciència-Institut de Cultura Juan Gil-Albert, Diputació d'Alicant, 1995).

- A. Nieto García, "Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa", *RAP* 38 (1962).
- A. Nieto García, *Bienes comunales* (Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1964)
- F. Nuñez y J. Naranjo Ramirez, *La propiedad agraria en dos señoríos cordobeses* (Cordoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cordoba, 1991).
- A. Ojeda Marin, *El contenido economico de las constituciones modernas* (Madrid: Ministerio de Economia y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 1990).
- J. Pabon S. de Urbina, *Positivismo y propiedad* (Madrid: Espasa-Calpe, 1925).
- F. Pantaleón Prieto, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones Públicas)", en J.A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (Madrid: Dykinson, 2000).
- 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).
- L. Parejo Alfonso, "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)", *REDA* 19 (1978): 550-570.
- G. Peces-Barba, "La nueva Constitución española desde la filosofía del Derecho", *Documentación Administrativa* 180 (1978): 30-ss.
- G. Peces-Barba (ed.), *Propiedad horizontal: contiene el texto de la ley de 21 de julio de 1960 sobre propiedad horizontal, comentarios, aclaraciones y jurisprudencia* (Madrid: Lex, 1960).
- G. Peces-Barba, *La elaboración de la Constitución de 1978* (Madrid: Centro de Estudios

Constitucionales, 1988).

F. Pera Verdaguer, *Expropiacion forzosa* 4ª ed. (Barcelona: Bosch, 1992).

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).

A.E. Pérez Luño, "Artículo 46. Patrimonio histórico, artístico y cultural", vol. IV en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996) 278-303.

A.E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* 6ª ed. (Madrid: Tecnos, 1999).

A.E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales* 4ª ed. (Madrid: Tecnos, 1991).

E. Pérez Pérez, *La propiedad del agua: sistema estatal y sistema canario* (Barcelona: Bosch, 1998).

J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 1999).

N. A. Pizarro, *Propiedad agraria y propiedad civil* (Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1944).

A. Predieri, *Urbanística, tutela del paesaggio, espropriazione. Saggi* (Milano: Giuffrè, 1969).

A. Predieri y E. García de Enterría, *La Constitución española de 1978: Estudio sistemático* 2ª ed. (Madrid: Civitas, 1981).

A. Predieri, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio* 2. ed. 2 vols. (Scandicci (Firenze): La nuova Italia, 1999).

S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto* (Milano: Giuffrè, 1954).

O. Ranelletti, *Le garanzie della giustizia nella Pubblica Amministrazione* (Milano: Giuffrè, 1934).

C.H. Reich, "The New Property", *The Yale Law Journal* 73 (1964): 733-ss.

- N. Reich, *Mercado y Derecho* (Barcelona, 1985).
- P. Rescingo, "Disciplina dei bene e situazzioni della persona", en *QF* (1976-77), II: 861-ss.
- P. Rescingo, "Propietà (diritto privato)", en *Enciclopedia del Diritto* (Milano: Giuffrè), XXXVII: 254-ss.
- P. Rescingo, *Trattato di diritto privato* (Torino: UTET, 1982).
- F. Rey Martí nez, "Derecho de propiedad privada", (Documento policopiado, Madrid, 2000).
- F. Rey Martí nez, *La propiedad privada en la Constitución española* (Madrid: CEC, 1994).
- S. Rodotà, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid: Civitas, 1986).
- S. Rodotà, "Propiet'a - Diritto vigente" en *Novís simo Digesto Italiano, vol. XIV* (Torino, 1967).
- S. Rodotà, *Il Diritto privato nella societa moderna* (Bologna: Il Mulino, 1971).
- L. Rodríguez Álvarez, "Artículo 33" en F. Rubio Llorente (coord.), *Derechos Fundamentales y principios constitucionales* (Doctrina jurisprudencial) (Barcelona: Ariel Derecho, 1995).
- G. Rojano Rodriguez, "La propiedad agraria como funcion social" (Tesis Lic. Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Mexico, 1964).
- J. Romero Gonzalez, *Propiedad agraria y sociedad rural en la Espana mediterranea: los casos valenciano y castellano en los siglos XIX y XX* (Madrid: Servicio de Publicaciones Agrarias, 1983).
- F. Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales* (Doctrina jurisprudencial) (Barcelona: Ariel Derecho, 1995).
- J. Ruiz-Giménez, *La propiedad. Sus problemas y su función social* Volumen II (Salamanca-Madrid, 1962).
- J. Ruiz-Gimenez, Joaquin, *La concepcion institucional del derecho* (Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1944).
- A. M. Sandulli, "Profili costituzionale della propietà privata", *Rivista Trimestrale di Diritto e*

procedura civile (1972) 465-ss.

M. Satrústegui, “Derechos de ámbito económico y social. Propiedad privada”, en L. López Guerra, et alt., *Derecho Constitucional*, vol. I (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997), 395-418.

J.M. Serrano Alberca, *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo* (Navarra: Aranzadi, 1995).

F. Sosa Wagner et alt., *Expropiación forzosa y expropiaciones urbanísticas* (Navarra: Aranzadi Editorial, 1998).

V. Suarez Grimon, *La propiedad pública, vinculada y eclesiástica: en Gran Canaria, en la crisis del antiguo régimen* 1ª ed. 2 vols. (Las Palmas: Cabildo Insular de Gran Canaria, 1987).

A. Tardio Pato, *Expropiación forzosa y acciones civiles* (Pamplona : Aranzadi Editorial, 2000).

J. Tejedor Bielsa, *Propiedad, equidistribución y urbanismo: hacia un nuevo modelo urbanístico* con prólogo J. Bermejo Vera (Pamplona: Aranzadi, 1998).

J.L. Villar Palasí, “Justo precio y transferencias coactivas”, *RAP* (1955): 14-21.

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

G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale* (Torino: UTET, 1987).

DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONTENIDO ESENCIAL:

L. 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).

L. Aguiar de Luque, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 14 (1993) 9-34.

J.L. Albarca López (ed.), *Derechos fundamentales: jurisprudencia y legislación* 1ª ed. (Madrid: Editorial Trivium, 1993).

R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEC, 1993).

J. Barnés Vázquez, “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *RAP* 135 (1994) 495-ss.

J. Barnes, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998) 15-49.

Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos, *Monográfico sobre los Derechos fundamentales* 2 (Granada, 1989-1990).

J.M. Baño León, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *REDC* 29 (1988) 193-ss.

M. Borowski, “La restricción de los derechos fundamentales”, *REDC* 59 (2000) 29-56.

A. Carrasco Perera, “El Juicio de “razonabilidad” en la justicia constitucional”, *REDC* 11 (1984) 59-ss.

J. 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).

P. Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *REDC* 25 (1989) 35-ss.

P. Cruz Villal3n, "La recepci3n de la LF de la Rep3blica Federal Alemana", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 1 (1989) 74-ss.

P. Cruz Villal3n, "El legislador de los derechos fundamentales", en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1991), 125-ss.

J.L. De los Mozos, *El derecho de propiedad : crisis y retorno a la tradici3n jurídica* (Madrid: Edersa, 1993).

I. De Otto y Pardo, "La Regulaci3n del Ejercicio de los Derechos y Libertades. La Garantía de su Contenido Esencial en el art. 53.1 de la Constituci3n", en L. Martín-Retortillo e I. de Otto y Pardo, *Derechos Fundamentales y Constituci3n* (Madrid: Civitas, 1988).

I. De Otto y Pardo, *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes* (Barcelona: Ariel, 1987).

L. M. Díez-Picazo, "Capítulo IV. De las Garantías, de las Libertades y Derechos Fundamentales", vol. IV en O. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constituci3n Española de 1978* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996), 426-437.

T. Freixes Sanjuán, *Constituci3n y Derechos Fundamentales. Estructura jurídica y funci3n constitucional de los derechos* (Barcelona: PPU, 1992).

F. Fernández Sefado, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", *REDC* 39 (1993) 195-247.

E. Garcia de Enterría, *La Constituci3n como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Editorial Civitas, 1991).

E. Garcia de Enterría y A. Predieri, *La Constitucion espanola de 1978: Estudio sistematico* 2ª ed. (Madrid: Civitas, 1981).

E. Garcia de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administracion* 5ª ed. ampliada (Madrid: Editorial Civitas, 2000).

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: CEC, 1994).

F. Garrido Falla, "Sobre la responsabilidad del Estado legislador", *RAP* 118 (1989).

M. González Beilfuss, "El Principio de proporcionalidad" (Ejercicio de Titularidad, 2001).

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

K. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: CEC, 1983).

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).

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.

A. Jiménez-Blanco, "Garantías institucionales y derechos fundamentales", 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) 635-648.

H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (México: UNAM: 1969).

R. Konvitz, *Fundamental rights: history of a constitutional doctrine* (New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers/Rutgers University, 2001).

J.F. Lopez Aguilar, *Derechos fundamentales y libertad negocial: sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares* (Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaria General Tecnica, Centro de Publicaciones, 1990).

L. López Guerra, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional* (Madrid: BOE y Centro de

Estudios Políticos y Constitucionales, 2000).

J.F. Lorca Navarrete, *Derechos fundamentales y jurisprudencia* (Madrid: Ediciones Piramide, 1994).

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

M. Medina Guerrero, "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales", *Cuadernos de Derecho Público* 5 (1998) 119-141.

Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Los Derechos fundamentales y libertades publicas (I): *XII jornadas de estudio / Direccion General del Servicio Juridico del Estado* 2 vols. (Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992).

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).

L. Parejo Alfonso, *Constitución y valores del ordenamiento* (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990).

G. Peces Barba, *Los derechos Fundamentales* (Madrid, 1983);

G. Peces Barba, *La constitucion española de 1978: un estudio de derecho y política* con colab. L. Prieto Sanchis (Valencia: F. Torres, 1981).

G. Peces Barba, *La democracia en España : experiencias y reflexiones* 1ª ed. (Madrid: Temas de Hoy, 1996).

G. Peces Barba, *Derecho y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

G. Peces Barba, *Ética, poder y derecho: reflexiones ante el fin de siglo* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995).

A.E. Perez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución* 6ª. ed. (Madrid: Tecnos, 1999).

- A.E. Perez Luño, *Los derechos fundamentales* 4ª ed. (Madrid: Tecnos, 1991).
- A.E. Perez Luño et alt., *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica* (Madrid: Tecnos, 1997).
- J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* 6ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 1999).
- L. Prieto Sannchís, *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid: Debate, 1991).
- L. Prieto Sannchís, "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la CE", *ADH* 2 (1982) 392-ss.
- G. Robles, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual* 1ª ed. (Madrid: Editorial Civitas, 1992).
- S. Romano, *El ordenamiento jurídico* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963).
- S. Romano, *Fragmentos de un diccionario jurídico* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964).
- F. Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)* (Barcelona: Ariel Derecho, 1995).
- F. Rubio Llorente, "Constitución y derechos fundamentales", *Saber leer* junio-julio (1988) 8-ss.
- J.J. Solozábal Echevarría, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *REDC* 71 (1991) 87-ss.
- A. Weber (ed.), *Fundamental rights in Europe and North America* (Boston: Kluwer Law International, 2001).
- M. Weber, *Economia e società* (Milano: Edizioni di Comunità, 1961).

REGULATORY TAKINGS EN ESTADOS UNIDOS:

B. A. Ackerman, *Private Property and the Constitution* (New Haven, USA: Yale University Press, 1978).

G.S. Alexander, "The Concept of Property in Private and Constitutional Law: The Ideology of the Scientific Turn in Legal Analysis", *Colum. L. Rev.* 82 (1982) 1545-1599.

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.

G.S. Alexander, *Commodity & Property: Competing Visions of Property in American Legal Thought 1776-1970* (Chicago, USA: University of Chicago Press, 1997).

L. Alexander, "Takings of Property and Constitutional Serendipity", *U. Miami L. Rev.* 41 (1986) 223-ss.

E.C. Baker, "Property and Its Relation to Constitutionally Protected Liberty", *U.Pa.L.Rev.* 134 (1986) 741-ss.

J.M. Beerermann y J.W. Singer, "Baseline Questions in Legal Reasoning: The Example of Property in Jobs", *Georg. L. Rev.* 23 (1989) 911-995.

C. Bennett, "'Mere' Rationality in Constitutional Law", *Calif. L. Rev.* 67 (1979) 1049.

L. Berger, "The Public Use Requirement in Eminent Domain", *Oreg. L. Rev.* 57 (1978) 203-246.

F. Bosselman, D. Callies y J. Banta, *The Taking Issue* (Washington, USA: Council on Environmental Quality, 1973).

J. Boyle, *Shamans, Software, and Spleens: Law and Construction of the Information Society* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1996).

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.

S.G. Breyer, "Hearings Before the Senate Comm. on the Judiciary" (Nomination of Stephen G. Breyer to Be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: 103d Cong. 110-11, 115, 208-09, 281 (1994) (testimony of Judge Breyer)).

S.L. Browne, "Administrative Mandamus as a Prerequisite to Inverse Condemnation: 'Healing' California's Confused Takings Law", *Pepperdine L. Rev.* 22 (1994) 99-129.

A. Brownstein, "The Takings Clause and the Iranian Claims Settlement", *U.C.L.A.L.Rev.* 29 (1982) 984-ss.

D. C. Buck, "'Property' in the Fifth Amendment: A Quest for Common Ground in the Maze of Regulatory Takings", *Vander. L. Rev.* 46 (1993) 128-1332.

G. Calabresi y A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harv. L. Rev.* 85 (1972) 1089-ss.

D. L. Callies et al., *Cases and Materials on Land Use* 2^a ed. (St. Paul, USA: West Group, 1999).

M. Chaskalson, "The Problem with Property: Thoughts on the Constitutional Protection of Property in the United States and the Commonwealth", *South African J. Human Rights* 9 (1993) 388-411.

R. H. Coase, "The Federal Communications Commission", *J.L. & Econ.* 2 (1959)1-ss.

R. H. Coase, "The Problem of Social Cost", *J.L. & Econ.* 3 (1960) 1-ss.

F. S. Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *Colum. L. Rev.* 35 (1935) 809-ss.

D.J. Coyle, *Property Rights and the Constitution: Shaping Society Through Land Use Regulation* (Albany, USA: State University of New York Press, 1993).

D.A. Crane, "A Poor Relation? Regulatory Takings after *Dolan v. City of Tigard*", *U. Chi. L. Rev.* 63 (1996) 199-238.

M.K. Curtis, *No State Shall Abridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights* (Durham, USA: Duke University Press, 1986).

B. De Villiers, D.J. Van Vuuren y M. Wiechers, *Human Rights: Documents that Paved the Way* (Pretoria, Sud-África: Human Sciences Research Council, 1992).

J. Di Giovanni, "Eminent Domain – Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.: Permanent Physical Occupation as a Taking", *N.C.L. Rev.* 62 (1983) 153-ss.

J. F. Di Mento, "Mining the Archives of Pennsylvania Coal: Heaps of Constitutional Mischief", *J. Legal Hist.* 11 (1990) 396-ss.

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).

R. A. Epstein, "The Next Generation of Legal Scholarship?", *Stan. L. Rev.* 30 (1978) 635-ss.

R. A. Epstein, "The Last Word on Eminent Domain", *U. Miami L. Rev.* 41 (1986) 253-ss.

J.E. Fee, "Unearthing the Denominator in Regulatory Taking Claims", *U. Chi. L. Rev.* 61 (1994) 1535-1563.

S.E. Finer, V. Bogdanor y B. Rudden, *Comparing Constitutions* (Oxford, UK: Clarendon Press, 1995).

W. A. Fischel, *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1995).

W.W. Fisher, "The Development of Modern American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights", en M.J. Lacey y K. Haakonssen (eds.), *A Culture of Rights: The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law -1791 and 1991*, (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1991), 266-365.

J. Flax, "Liberty, Property, and the Burger Court: The Entitlement Doctrine in Transition", *Tulane L. Rev* 60 (1986) 889-ss.

- J. Frank, "Are Judges Human? Part Two: As Through a Class Darkly", *U. Pa. L. Rev.* 80 (1931) 233-ss.
- 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.
- E.T. Freyfogle, "The Owning and Taking of Sensitive Lands", *UCLA L. Rev.* 43 (1995) 77-138.
- L. M. Friedman, "A Search for Seizure: Pennsylvania Coal v. Mahon in Context", *Law & Hist. Rev.* 4 (1986) 1-ss.
- C. Fried, "Constitutional Law" (Class Lectures Materials, Harvard Law School, 2001-2002).
- B. A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage* 2d ed. (Reino Unido: Oxford University Press, 1995).
- R. B. Ginsburg, "Hearings Before the Senate Comm. on the Judiciary" (Nomination of Ruth Bader Ginsburg to Be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearings Before the Senate Comm. on the Judiciary, 103d Cong. 249 (1993) (testimony of Judge Ginsburg)).
- T. C. Grey, "Holmes and Legal Pragmatism", *Stan. L. Rev.* 41 (1989) 787-ss.
- T. C. Grey, "The Malthusian Constitution", *U. Miami L. Rev.* 41 (1986) 21-ss.
- C. M. Haar y M.A. Wolf, *Land-Use Planning* (Aspen, USA: Aspen Law & Business, 1989).
- J. F. Hart, "Takings and Compensation in Early America: The Colonial Highway Acts in Social Context", *Amer. J. L. Hist.* 40 (1996) 253-306.
- J. F. Hart, "Colonial Land Use Law and its Significance for Modern Takings Doctrine", *Harv. L. Rev.* 109 (1996) 1252-1300.
- W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (Westport, USA: Greenwood Press 1978) (1919).
- 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).

R. Kahn, "Inverse Condemnation and the Highway Cases: Compensation for Abutting Land-Owners", *Bost. Coll. Env. Aff. L. Rev.* 22 (1995) 563-591.

J. L. Kainen, "The Historical Framework for Reviving Constitutional Protection for Property and Contract Rights", *Cornell L. Rev.* 79 (1993) 87-ss.

J. E. Krier, "Takings from Freund to Fischel", *Geo. L.J.* 84 (1996) 1895-ss.

D. Kairys ed., "Legal Reasoning, in *The Politics of Law: A Progressive Critique*" (New York, USA: Basic Books, 1982).

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* 3^a 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).

D. Kennedy (Duncan), *A Critique of Adjudication [fin de siecle]* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1997).

D. Kennedy (Duncan), "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", *Journal of Legal Education* 36 (1986) 518-ss.

D. Kennedy (Duncan), "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review* 89 (1976) 1685.

M. Linde, "Due Process of Lawmaking", *Nebraska Law Review* 55 (1976) 197.

D. R. Mandelker, *Land Use Law* 4^a ed. (Nueva York, USA: Lexis Law Publishing, 1997; Supp.

2000).

D. R. Mandelker, G. Hylton, D. Callies y P. Franzese, *Property Law and the Public Interest* (Nueva York, USA: Lexis Law Publishing, 1998).

D. R. Mandelker, F. Anderson, A.D. Tarlock y R. Glicksman, *Environmental Protection: Law and Policy* 3ª ed. (Nueva York, USA: Aspen Law Publishing, 1999).

E. E. Meidinger, "The 'Public Uses' of Eminent Domain: History and Policy", *Env. Law* 11 (1980) 1-66.

B.F. Melton, "Eminent Domain, 'Public Use', and the Conundrum of Original Intent", *Nat. Resour. J.* 36 (1996) 59-85.

R. Meltz, D. H. Merriam y R. M. Frank, *The Takings Issue: Constitutional Limits on Land-use Control and Environmental Regulation* (Washington, DC, USA: Island Press, 1999).

T.J. Micely y K. Segerson, "Regulatory Takings: When Should Compensation be paid?", *J. Leg. Studies* 23 (1994) 749-776.

F. I. Michelman, "Property, Federalism, and Jurisprudence: A Comment on Lucas and Judicial Conservatism", *Will. & Mary L. Rev.* 35 (1993) 301-328.

F. I. Michelman, "Takings, 1987" *Colum. L. Rev.* 88 (1988) 1600-1629.

F. I. Michelman, "Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property" *Iowa. L. Rev.* 72 (1987) 1319-1350.

F. I. Michelman, "Property as a Constitutional Right", *Wash & L.L Rev.* 38 (1981) 1097-ss.

F. I. Michelman, "Politics and Values, or What's Really Wrong with Rationality Review", *Creighton L. Rev.* 13 (1979) 487-ss.

F. I. Michelman, "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law", *Harv. L. Rev.* 80 (1967) 1165-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.

S. R. Munzer, *A Theory of Property* (Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 1990).

J. Nedelsky, *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and Legacy* (Chicago, USA: University of Chicago Press, 1990).

P. Nichols, *The Law of Eminent Domain* (Nueva York, USA: M. Bender, 1964).

E. F. Paul, *Property Rights and Eminent Domain* (Oxford, UK: Transaction Books, 1988).

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.

R. A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1990).

R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977).

M. J. Radin, *Contested Commodities: The Trouble with Sex, Children, Body Parts, and Other Things* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1996).

M. J. Radin, *Reinterpreting Property* (Chicago, USA: University of Chicago Press, 1993).

M. J. Radin, “Evaluating Government Reasons for Changing Property Regimes”, *Alb. L. Rev.* 55 (1992) 587-ss.

M. J. Radin, “The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings”, *Colum. L. Rev.* 88 (1988) 1167-ss.

M. J. Radin, “The Consequences of Conceptualism”, *U. Miami L. Rev.* 41 (1986) 239-ss.

M.J. Radin, “Property and Personhood”, *Stan. L. Rev.* 34 (1982) 957-1015.

A. Reed Amar, “The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment”, *Yale L.J.* 101 (1992) 1193-ss.

- C. A. Reich, "The New Property", *Yale L.J.* 73 (1964) 733-787.
- E.F. Roberts, "Mining with Mr. Justice Holmes", *Vand. L. Rev.* 39 (1986) 287-ss.
- Y. Rogat, "The Judge as Spectator", *U. Chi. L. Rev.* 31 (1964) 213-ss.
- C. M. Rose, "Property as the Keystone Right?", *Notre Dame L. Rev.* 71 (1996) 329-365.
- C. M. Rose, "A Dozen Propositions on Private Property, Public Rights and the New Takings Legislation", *Wash. & Lee L. Rev.* 53 (1996) 265-298.
- C. M. Rose, *Property and Persuasion: Essays on the History, Theory and Rethoric of Property* (Boulder, USA: Westview Press, 1994).
- C. M. Rose, "Property Rights, Regulatory Regimes and the New Takings Jurisprudence --An Evolutionary Approach", *Tenn. L. Rev.* 57 (1990) 577-594.
- C. M. Rose, "Mahon Reconstructed: Why the Takings Issue Is Still a Muddle", *S. Cal. L. Rev.* 57 (1984) 561-599.
- J. Rubinfeld, "Usings", *Yale L.J.* 102 (1993) 1077-1163.
- J. L. Sax, "Property Rights and the Economy of Nature: Understanding *Lucas v. South Carolina Coastal Council*", *Stan. L. Rev.* 45 (1993) 1433-1456.
- J. L. Sax, "Takings, Private Property and Public Rights", *Yale L.J.* 81 (1971) 149-ss.
- J. L. Sax, "Takings and the Police Power", *Yale L.J.* 74 (1964) 36-ss.
- A. Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules", *U. Chi. L. Rev.* 56 (1989) 1175-ss.
- H. N. Scheiber, "Property Law, Expropriation, and Resource Allocation by Government: The United States", *J. Econ. Hist.* 33 (1973) 232.
- T. Sedgwick, *A Treatise on the Rules Which Govern the Interpretation and Application of Statutory and Constitutional Law* (Nueva York: John S. Voorhies, 1857).
- B. H. Siegan, *Property and Freedom: The Constitution, the Courts, and Land-use Regulation*

(New Brunswick, UK: Transaction Publishers, 1997).

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.

S. A. Siegel, "Lochner Era Jurisprudence and the American Constitutional Tradition", *N.C. L. Rev.* 70 (1991) 1-ss.

J. W. Singer, "Property and Equality: Public Accommodations and the Constitution in South Africa and the United States", *South African Public Law* 12 (1997) 53-86.

J. W. Singer, "No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property", *Northwest. U. L. Rev.* 90 (1996) 1283-1497.

J. W. Singer, *Property Law, Rules and Practices* (Boston, USA: Little, Brown & Co., 1993).

J. W. Singer, "Jobs and Justice: Rethinking the Stakeholder Debate", *Univ. Toronto L. J.* 43 (1993) 475-510.

J. W. Singer, "Sovereignty and Property", *Northwest. U. L. Rev.* 86 (1991) 1-56.

J. W. Singer, "The Reliance Interest in Property", *Stan. L. Rev.* 40 (1988) 611-751.

J. W. Singer, "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory", *Yale L.J.* 94 (1984) 1-ss.

B. Smith, "Retroactive Laws and Vested Rights", *Tex. L. Rev.* 5 (1927) 231-ss.

W. B. Stoebuck, "A General Theory of Eminent Domain", *Wash. L. Rev.* 47 (1972) 553-608.

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.

J. Struve, "The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process", *Harv.L.Rev.* 39 (1967) 1467-ss.

K.L. Sullivan y G. Gunther, *Constitutional Law*, 14^a ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 2001).

K.L. Sullivan, "Unconstitutional Conditions", *Harv. L. Rev.* 102 (1989) 1415-ss.

C. R. Sunstein, "Lochner's Legacy", *Colum. L. Rev.* 87 (1987) 873-ss.

C. R. Sunstein, "Two Faces of Liberalism", *U. Miami L. Rev.* 41 (1986) 245-ss.

C. R. Sunstein, "Naked Preferences and the Constitution", *Colum. L. Rev.* 84 (1984) 1689-ss.

M. Taggart, "Expropriation, 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.

W. M. Treanor, "The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process", *Colum. L. Rev.* 95 (1995) 785-887.

W. M. Treanor, "The Origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment", *Yale L.J.* 94 (1985) 694-ss.

L.H. Tribe, "Advanced Constitutional Law: The Court and the Constitution at the Turn of the Millennium" (Class Lectures Materials, Harvard Law School, 2001-2002).

L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, vol.1, 3^a ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 2000).

L.H. Tribe, *American Constitutional Law* 2^a ed (Nueva York, USA: Foundation Press, 1988).

L.H. Tribe, *Constitutional Choices* (Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985).

L.S. Underkuffler, "On Property: An Essay", *Yale L. J.* 100 (1990) 127-148.

L.S. Underkuffler-Freund, "Takings and the Nature of Property", *Can. J. L. & J.* 9 (1996) 161-205.

A. Van Alstyne, "Taking or Damaging by Police Power: The Search for Inverse Condemnation Criteria", *Southern Cal. L. R.* 44 (1970) 1-73.

A. J. Van der Walt, *Constitucional Property Clauses: A Comparative Análisis* con introd. de F.

Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

J. Warren, "The New 'Liberty' Under the Fourteenth Amendment" *Harv.L.Rev* 39 (1926) 431-ss.

L. Wenar, "The Concept of Property and the Takings Clause", *Colum. L. Rev.* 97 (1997) 1923-ss.

O. Wendell Holmes, Jr., *Summary of Events: Great Britain, in The Collected Works of Justice Holmes*. Sheldon M. Novick ed. (Nueva York, USA: Dover Publications, 1995).

J. C. Wright, "The Inverse Condemnation Defence to Federal Wetland Regulation", *Ill. Bar J.* 82 (1994) 674-678.

PROPIEDAD EN ITALIA:

P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico* (Napoli: Jovene, 1977).

P. Barcellona y C. Camardi, *Diritto privato e societa moderna* (Napoli: Jovene, 1996).

P. Barcellona, *L'individualismo proprietario* Reimp. 1ª ed. (Torino: Bollati Boringhieri, 1988).

P. Barcellona et al., *Derecho y economia en el estado social* (Madrid: Tecnos, 1988).

F. Bartolomei, *L'espropriazione nel diritto pubblico* (Milano: Giuffrè, 1965).

F. Bartolomei, *L'espropriazione nel diritto pubblico* 2 vols. (Milano, Italy: Giuffrè, 1965-1968).

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.

S. Cassese, *I beni pubblici* (Milán : Giuffrè, 1969).

- C. Esposito, "note esegetiche sull'articolo 44 della Costituzione", en XXAUTOR, *La Costituzione italiana* (Padua: , 1954) 182.
- F. Galgano, "Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema" *QF* 2 (1976-77).
- F. Galgano, *Dizionario enciclopedico del diritto* 2 vol. (Padova: CEDAM, 1996).
- F. Galgano, *Diritto privato* 10^a ed. (Padova: CEDAM, 1999).
- A. Gambaro, *La proprietà* (Milán: Giuffrè, 1990).
- M.S. Giannini, "Basi costituzionali della proprietà privata", *Politica del diritto* 4-5 (1971) 443-ss.
- P. Grossi, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (Madrid: Civitas: 1992).
- P. Grossi, *An alternative to private property: collective property in the juridical consciousness of the nineteenth century*, trans. L.G. Cochrane (Chicago: University of Chicago Press, 1981).
- P. Grossi, *Historia del derecho de propiedad: la irrupcion del colectivismo en la conciencia europea*, con presentación de B. Clavero 1^a ed. (Barcelona: Ariel, 1986).
- A. Iannelli, *La proprietà costituzionale* (Nápoles : Jovene, 1980).
- C. Lavagna, *Costituzione e socialismo* (Bologna: Il Mulino, 1977).
- C. Lavagna, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello stato* (Milano, Giuffrè, 1938).
- C. Lavagna, *Diritto costituzionale* (Milano: Giuffrè, 1957).
- C. Lavagna, *Istituzione di diritto pubblico* 4^a ed. (Torino: UTET, 1979).
- J. Leguina Villa, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Publica: su formulacion en el derecho italiano y analisis comparativo con los ordenamientos francés y español* con prologo de E. Garcia de Enterría, 2^a ed. (Madrid: Tecnos, 1983).
- M. Luciani, "Corte Costituzionale e proprietà privata", *Giurisprudenza costituzionale* (1977) 1345.

- S. Mangiameli, *La propriet3 privata nella Costituzione* (Mil3n: Giuffr3, 1986).
- L. Mengoni, "Propriet3 y libert3", *Rivista Critica di Diritto Privato* (1988) 427.
- G. Morbidelli, "La propriet3. Il govern3 del territorio", en G. Amato y A. Barbera (coord.), *Manuale di diritto pubblico. III. L'azione dei pubblici poteri* 5^a ed. (Bologna: Il Mulino, 1997).
- U. Natoli, *La propriet3* (Mil3n: Giuffr3, 1970).
- L. Paladin, "Gli odierni problemi della propriet3 fondiaria nella prospettiva costituzionale", en XXXFALTA AUTOR, *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini* vol. 2 (mil3n: Giuffr3: 1988) 407.
- A. Predieri, "Espropriazione e regime di propriet3 delle aree edificabili", *Giur. cost* (1968) 1317-ss
- A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione. Saggi* (Milano: Giuffr3, 1969).
- S. Pugliatti, *La propriet3 nel nuovo diritto* (Milano: Giuffre, 1954).
- O. Ranelletti, *Le garantigie della giustizia nella Pubblica Amministrazione* (Milano: Giuffr3, 1934).
- P. Rescingo, "Disciplina dei bene e situazzioni della persona", en *QF* 5-6 (1976-77), II: 861-ss.
- P. Rescingo, "Propiet3 (diritto privato)", en *Enciclopedia del Diritto* (Milano: Giuffr3), XXXVII: 254-ss.
- P. Rescingo, *Trattato di diritto privato* (Torino: UTET, 1982).
- P. Rescingo, "Per uno studio sulla propriet3", *Rivista di diritto civile* 1 (1972) 1-ss.
- S. Rodot3, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Madrid: Civitas, 1986).
- S. Rodot3, "Propiet3 - Diritto vigente" en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV (Torino, 1967).
- S. Rodot3, *Il Diritto privato nella societa moderna* (Bologna: Il Mulino, 1971).
- G. Rolla, *La misura dell'indennit3 di sproprio nel quadro del sistema costituzionale italiano*

(Milán: Giuffrè, 1973).

C. Salvi, "Modelli di proprietà e principi costituzionali", *Rivista critica di diritto privato* (1986) 317.

A. M. Sandulli, "Natura ed effetti dell' imposizione di vincoli paesistici", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (1961) 823-834.

A. M. Sandulli, "Profili costituzionale della proprietà privata", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1972) 465-ss.

F. Santoro Passarelli, "Proprietà privata e Costituzione", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1972) 955-ss.

O.T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza* (Milán: Giuffrè, 1982).

D. Sorace, *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*(Milán: Giuffrè, 1974).

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.

REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN EN ALEMANIA:

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).

L. Blaauw-Wolf y J. Wolf, "A Comparison between German and South African limitation provisions", *South African Law Journal (SLAJ)* 113 (1996) 267-296.

B-O. Bryde, "Art. 14 (Eigentum und Erbrecht)", en P. Kunig (ed.), *Grundgesetz-Kommentar* 4ª ed. (Munich: CH Beck, 1992) 821-904.

D.P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago, US/ Londres: University Chicago Press, 1994).

M. Dietlein, *Verfassungsrechtliche Probleme der Enteignungsschädigung*, (Die Öffentliche Verwaltung : , 1973).

S.E. Finer, V. Bogdanor & B. Rudden, *Comparing constitutions* (Oxford: Clarendon Press, 1996).

W. Jellinek, *Verwaltungsrecht* 3ª ed (Berlín: Verlag Dr. Max Gehlen, 1996).

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.

O. Kimminich, "Art. 14", en R. Dolzer (ed.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Heidelberg: CF Müller Verlag, 1995).

D.G. Kleyn, "The constitutional protection of property: A comparison between the German and the South African approach", *South African Public Law (SAPL)* 11 (1996) 402-445.

D.P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 2ª ed. (Durham/ London: Duke University Press, 1997).

G. Leibholz, H-J. Rinch y D. Hesselberger, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* 7ª ed. (Cologne: Verlag Dr

Otto Schmidt, 1990).

W. Leisner, *Sozialbindung des Eigentums* (Berlín/ Munich: C.H. Bech, 1972).

W. Leisner, "Sozialbindung des Eigentums nach privatem and öffentlichem Recht", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 28 (1975) 233-238.

W. Leisner, "Das Bodenreform-Urteil des Bundesverfassungsgerichts", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 25 (1991) 1569-1575.

W. Leisner, "Eigentum", en J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts* (Heidelberg: CF Müller Juristischer Verlag, 1989) 1023-1098.

H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 12^a ed. (Munich : C.H. Bech, 1999).

W. Opfermann, *Die Enteignungsentschädigung nach dem Grundgesetz* (Berlín: Duncker & Humblot, 1974).

W. Opfermann, *Enteignungsentschädigung nach dem Grundgesetz*, Kommentar (Stand: , 1991).

H-J Papier, "Art. 14", en T. Maunz, G. Dürig et al (eds), *Grundgesetz Kommentar* (Munich : CH Bech, 1990).

U. Ramsauer, *Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums* (Berlín: , 1980).

I. Richter y G.F. Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht* 3^a ed. (München: CH Beck, 1996).

R. Riegel, *Das Eigentum im europäischen Recht* (Berlín: Duncker & Humblot, 1975).

B. Schmidt-Bleibtreu y F. Klein, *Kommentar zum Grundgesetz* 8^a ed. (Luchterhand, 1995).

H. Schulte, *Zur Dogmatik des Art. 14 LF*(Heidelberg: CF Müller Verlag , 1979).

H. Schulte, "Freiheit und Bindung des Eigentums in Bodenrecht", *Juristen-Zeitung (JZ)* 39 (1984) 297-304.

K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (München: CH Bech, 1994).

A. J. Van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* con introd. de F. Michelman (Cambridge, USA: Kluwer Law Internacional, 1999).

J. Warren, "The New 'Liberty' Under the Fourteenth Amendment" *Harv.L.Rev* 39 (1926) 431-ss.

L. Wenar, "The Concept of Property and the Takings Clause", *Colum. L. Rev.* 97 (1997) 1923-ss.

R. Wendt, "Art. 14 (Eigentum, Erbrecht und Enteignung)" en M. Sachs (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (Munich: CH Beck, 1996) 482-582.

O. Wendell Holmes, Jr., *Summary of Events: Great Britain, in The Collected Works of Justice Holmes*. Sheldon M. Novick ed. (Nueva York, USA: Dover Publications, 1995).

R. Wendt, "Art. 14 (Eigentum, Erbrecht und Enteignung)" en M. Sachs (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (Munich: CH Beck, 1996) 482-582.

J. C. Wright, "The Inverse Condemnation Defence to Federal Wetland Regulation", *Ill. Bar J.* 82 (1994) 674-678.

R. Zimmermann, "Chapter 1: An introduction to German legal culture (with special reference to private law)", en W.F. Ebke y M.W. Finkin (eds.), *Introduction to German law* (The Hague: Kluwer Law International, 1996) 1-41.