

5. LA COMPLEJA DISTINCIÓN ENTRE LAS INTERVENCIONES DELIMITADORAS Y LAS EXPROPIATORIAS

5.1. ¿Es posible reconocer un criterio específico y fiable de diferenciación que ilumine la actuación de los poderes públicos y proteja a los propietarios afectados?

Ante el fortalecimiento cualitativo y cuantitativo de las intervenciones delimitadoras del derecho de propiedad y su potencial expansión, resulta clave la cuestión acerca de si es posible reconocer un criterio apto, específico y fiable que permita su diferenciación respecto de las medidas expropiatorias sujetas a indemnización. Desde el punto de vista garantista, este criterio debería iluminar la acción de los poderes públicos, proteger a los propietarios afectados y servir de referente a los operadores jurídicos. Pero al propio tiempo, desde la vertiente de la objetividad y de la eficacia, permitiría vislumbrar los casos en que, pudiéndose haber optado por una modalidad delimitadora, la misma se ha descartado, se ha elegido una solución expropiatoria o bien se ha reconocido la existencia de una lesión indemnizable en virtud de la responsabilidad patrimonial.

El deslinde entre la delimitación del contenido del derecho de propiedad y su mutilación es una empresa que puede resultar difícil, especialmente desde la perspectiva práctica. El mismo Tribunal Constitucional ha reconocido que «el límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse (art. 33.2 de la Constitución) no es siempre fácil de determinar» [FD 8.º b) STC 170/1989].

Entre los rasgos identificativos de las actuaciones delimitadoras se ha esgrimido, de forma tradicional, la generalidad de los afectados por las limitaciones, frente a la singularidad de las expropiaciones y de las servidumbres, con la consiguiente imposibilidad para las arcas públicas de hacer frente a las indemnizaciones. En este sentido, según el art. 1.1 LEF, se entenderá comprendida en la expropiación forzosa cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses legítimos. Para MONTÈS «se prohíbe la intervención singular de carácter delimitador, y se refuerza la idea de que la privación propia de los supuestos de expropiación ha de ser *singular*»⁶⁸. BERMEJO VERA afirma que la delimitación del contenido del derecho de propiedad «no dejaría de ser considerada como una especie de expropiación forzosa, teniendo en cuenta que implica despojo, aun siendo parcial, de algunas

facultades del titular del dominio. Sin embargo, en ello precisamente reposa la línea divisoria respecto del instituto expropiatorio, pues ese «despojo» o eliminación se produce justamente desde el momento de la definición legal en términos de *generalidad, proporcionalidad y razonabilidad*»⁶⁹. Y los Tribunales también han acudido en diversos supuestos a la distinción singular-general para dilucidar si cabe o no la indemnización en el caso controvertido [p. e., SSTs de 28 de abril de 1990 (Ar: 3359), de 25 de enero de 1993 (Ar: 58) o de 20 de enero de 1999 (Ar: 1081)]⁷⁰.

Este criterio formal se coloca, no obstante, claramente en entredicho a la vista de diversas consideraciones. Así, la práctica describe supuestos de expropiación generalizada de bienes, como la expropiación por zonas o grupos de bienes regulada en la propia LEF (arts. 59 a 70), o la transformación de la titularidad de los bienes a los que es de aplicación la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de Costas. De otra parte, se dan diferentes casos de medidas delimitadoras que afectan a bienes concretos, como la protección por ley de un espacio natural o la ordenación urbanística de uno o varios inmuebles a través de un plan específico (p. e., Plan Especial de Reforma Interior o Estudio de Detalle). Además, las servidumbres previstas en las Leyes de Costas, de Carreteras o de Ferrocarriles afectan a una generalidad indeterminada de propietarios, pero determinable a través del catastro o de la fe pública registral. Podría decirse al mismo tiempo que las servidumbres de paso aéreas o subterráneas que se imponen en los distintos ámbitos sectoriales con la correspondiente indemnización afectan a una generalidad de ciudadanos, que se concreta en el momento de hacerse efectiva la imposición de la servidumbre. Nada habría impedido establecer en la Ley de Costas un mecanismo tendente a indemnizar la fijación de las servidumbres de tránsito o de acceso al mar a partir de la entrada en vigor de la misma, previa identificación de los bienes afectados.

GARCÍA DE ENTERRÍA afirma al respecto que el «simple juego dialéctico privación singular/ordenación general no es ya el adecuado para resolver ese grave problema de las actuaciones legislativas de contenido materialmente expropiatorio desde la perspectiva del propietario. Esta perspectiva es la del art. 53.1 de nuestra Constitución, la preserva-

⁶⁸ J. BERMEJO VERA, «Presentación...», *op. cit.*, p. 8. Asimismo, A. DAGNINO GUERRA, «Propiedad privada y dominio público en materia viaria», *op. cit.*, p. 83, indica que «es, por tanto, el criterio de la «singularidad» del perjuicio sufrido por el particular el que juega de forma determinante a la hora de evaluar los posibles efectos indemnizatorios provocados por una situación de restricción de las facultades del dominio privado a la luz del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas».

⁷⁰ Esta Sentencia combina el criterio de la singularidad de la limitación del derecho de caza en el Parque Natural de Monfragüe (Cáceres), derivada del art. 13.3 de la Ley 8/1990, de 21 de diciembre, de Caza de Extremadura, con el criterio de la vulneración del contenido esencial de los derechos.

- transferencia de dominio del bien
- privación del contenido económico del derecho

⁶⁸ V. L. MONTÈS, *La propiedad privada...*, *op. cit.*, p. 175.

ción del "contenido esencial" de los derechos fundamentales reconocidos... »⁷¹. Y según BARNÉS, nuestra legislación ordinaria (Ley de Expropiación Forzosa a la cabeza) sigue anclada en el criterio de la singularidad del sacrificio (principio de igualdad), de forma que las privaciones generalizadas y uniformes no se indemnizarían en nuestro sistema, pudiendo desembocar en una cruel ironía: cuanto más generalizadas y profundas sean las privaciones, menos se indemnizan⁷². En fin, la expropiación puede ser singular o general, legislativa o administrativa, temporal o definitiva, total o parcial.

5.2. El contenido esencial del derecho de propiedad

En base al art. 53.1 de nuestra Constitución, la regulación del ejercicio del derecho de propiedad deberá respetar su contenido esencial. Este precepto nos marca, por tanto, la frontera material entre la delimitación y la expropiación del derecho. ¿Cómo reconocer, en consecuencia, si se ha respetado en cada caso el contenido esencial de la propiedad?

En la Sentencia 11/1981, de 8 de abril⁷³, el Tribunal Constitucional había indicado con carácter general (en relación al derecho de huelga) que «constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales» (FJ 8.º). Más tarde trasladó este esquema al derecho de propiedad, y como ya se ha expuesto en el apartado segundo de este capítulo, en la STC 37/1987, de 26 de marzo, declaró que el contenido esencial de este derecho debe entenderse, desde la referencia a la función social del mismo, como la «reconoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable» (FJ 2.º).

En la también conocida STC 170/1989, de 19 de octubre, reiteró que «el límite se encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE.,

⁷¹ En la contestación al discurso del Profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*, op. cit., p. 287.

⁷² J. BARNÉS VÁZQUEZ, «Ley de Costas y garantía indemnizatoria», op. cit., p. 71.

⁷³ Vid. L. PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *REDC*, núm. 3, septiembre-diciembre de 1981, pp. 169-190.

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» [FJ 8.º b)]. Y en la Sentencia 89/1994, de 17 de marzo, el Alto Tribunal afirma que «la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (así, arts. 40.1, 45.2, 128.1 y 130.1, entre otros). Por ello, corresponde al legislador delimitar 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 derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho»⁷⁴ (FJ 4.º).

El Tribunal Constitucional no especifica, por tanto, cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad, sino que ha establecido una pauta que debe permitir su identificación en cada caso concreto, y que gira en torno a unos datos comunes: dependerá de cada tipo de derecho dominical, del momento histórico en que se produzca la regulación o la aplicación, de la posibilidad efectiva de ejercicio del derecho y de la sujeción de las restricciones al principio de proporcionalidad.

A instancias de la doctrina más cualificada, como método apto para medir la reconocibilidad y la practicabilidad del derecho dominical intervenido hay que partir del principio según el cual el contenido esencial del derecho de propiedad está integrado por una facultad de goce o aprovechamiento determinable (gozar del bien, disfrutarlo o explotarlo sin necesidad de intermediarios) y por el poder de disposición (facultad de transferencia o traslación)⁷⁵. En efecto, la Constitu-

⁷⁴ El Tribunal tenía que pronunciarse acerca de si el art. 57 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, en cuanto otorgaba al arrendatario la facultad de prorrogar unilateralmente el contrato de arrendamiento urbano, con independencia de la voluntad del arrendador, resultaba contrario a los arts. 14 y 33 de la Constitución por conllevar una expropiación temporal en el derecho de propiedad del arrendador. La conclusión a la que se llega es que el precepto controvertido no supone la desaparición o negación del contenido esencial del derecho de propiedad. La prórroga forzosa supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendaticia 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. 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 art. 33 de la Constitución.

⁷⁵ Entre otros autores, J. BARNÉS VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional...*, op. cit., pp. 315 ss.; B. NOGUERA DE LA MUELA, *Las servidumbres de la Ley de Costas*, op. cit., pp. 82 ss.; o J. GONZÁLEZ SALINAS, *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*, op. cit., p. 143, quien añade la facultad de exclusión, opinión que no compartimos, ya que, a título de ejemplo, consideramos lógico que los propietarios de espacios naturales protegidos deban soportar su visita pública en determinadas condiciones razonables. Lo mismo puede decirse respecto de determinadas cate-

ción «no parece garantizar ni proteger un concreto tipo de goce, un aprovechamiento de naturaleza específica ni, por tanto, de un ámbito y alcance determinados. Protege, en cambio, la presencia de una facultad de goce tendencialmente plena y, relativamente, siempre superior al de los restantes derechos que tengan por objeto la explotación de bienes»⁷⁶. La concreción de las decisiones básicas acerca del destino del bien y su explotación, es decir, la elección del goce, puede ser de la exclusiva competencia de los poderes públicos⁷⁷, tal como ocurre claramente en los casos de clasificación y calificación urbanística del suelo o en la protección de los espacios naturales. De lo que no puede disponer el legislador es de la existencia misma de la facultad de goce, pues quedaría entonces desnaturalizado el derecho de propiedad que ha de contar siempre con el poder (funcional) de explotación.

Disposición. En cuanto al poder de disposición (por actos *inter vivos* o *mortis causa*), por obra de la función social de la propiedad los poderes públicos están legitimados para determinar el contenido normal de la facultad de disposición, es decir, para decidir el tipo de disposición o transmisión⁷⁸. Así, puede prohibirse la división, la segregación o el fraccionamiento de determinados bienes (p. e., de fincas agrícolas o forestales) o establecerse que las transmisiones onerosas de terrenos y/o de edificaciones quedarán sujetas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto con fines diversos, como constituir o incrementar el patrimonio municipal del suelo o adquirir espacios naturales y bienes histórico-artísticos. Para lo que no disponen de competencia, sin embargo, es para hacer desaparecer o sustraer tal potestad del titular.

rias de bienes de interés cultural (p. e., monumento o jardín histórico). De otra parte, a la luz de la composición del contenido esencial que se ha apuntado, es interesante la apreciación de A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, op. cit. p. 148, para quien en la definición que del derecho de propiedad se desprende del art. 148 del Código Civil está presente, como es sabido, la facultad de goce y la de disposición, y la posibilidad de limitaciones del derecho por obra de las leyes, de manera que, «en abstracto, ésta es también la figuración que de la propiedad se tiene actualmente: lo único que nos aleja del art. 348 CC como esquema válido contemporáneamente es que el significado originario de "limitaciones establecidas por las leyes" no comprendía lo que hoy llamamos límites intrínsecos. Pero a decir verdad, en puros términos de interpretación literal y de reconstrucción dogmática, tampoco habría demasiados inconvenientes en amparar los límites intrínsecos bajo el sintagma "limitaciones establecidas por las leyes"».

⁷⁶ J. BARNÉS VÁZQUEZ, *Ibid.*, pp. 315 ss.

⁷⁷ Por el contrario, para J. M. SERRANO ALBERCA, *El derecho de propiedad...*, op. cit., p. 82, no es posible mantener que son sólo los poderes públicos quienes tienen el poder de decisión sobre el tipo de goce. «El derecho de propiedad del suelo tiene como contenido esencial (límites frente a la Ley), las facultades de disposición y goce que se traduce en todas las facultades potenciales de goce (cultivar, desarrollo forestal, cazar, edificar, etc.). Estas facultades son anteriores a la Ley, son inherentes a la propiedad del suelo».

⁷⁸ J. BARNÉS VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional...*, op. cit., pp. 338 ss.

5.3. Los problemas inherentes a la configuración y aplicabilidad del contenido esencial

Es, sin embargo, en la práctica, ante cada medida concreta, cuando se relativiza la virtualidad del contenido esencial del derecho de propiedad como marca diferenciadora entre las intervenciones delimitadoras y las expropiatorias. Y ello por un doble motivo.⁷⁹ En primer lugar, su configuración depende, en definitiva, del criterio del legislador y, en su caso, de la Administración⁸⁰. Y el legislador, o, mejor dicho, el legislador estatal y los distintos legisladores autonómicos, así como las diferentes Administraciones Públicas, pueden tener percepciones distintas sobre el alcance del contenido esencial del derecho de propiedad a la hora de abordar soluciones semejantes. Este podría traducirse, incluso, en el límite que tuvieran por conveniente los poderes públicos en base a orientaciones de carácter político, social o económico.

Ya hemos señalado en el epígrafe 3.3 las dudas razonables acerca de la inconstitucionalidad del tratamiento de la incidencia en el derecho de propiedad de la regulación establecida en la Ley de Costas relativa a las servidumbres de tránsito y de acceso al mar, aun cuando recibiera el refrendo del Tribunal Constitucional. Precisamente podemos traer a colación la Ley del Parlamento Balear 13/2000, de 21 de diciembre, del *Camí de Cavalls* de Menorca, que tiene por objeto el establecimiento, la determinación, la protección, la utilización y la policía del *Camí de Cavalls* (Camino de Caballos)⁷⁹, y que somete dicha senda a la servidumbre pública de paso a través de la expropiación forzosa cuando la misma afecte a terrenos de titularidad privada⁸⁰. El art. 2 dispone que dicho camino «está sometido a la servidumbre pública de tránsito y, en consecuencia, es libre, público, de acceso y utilización gratuitos, en los términos que señala esta Ley y su desarrollo normativo». Se da la circunstancia que en algunos tramos de su recorrido esta senda puede coincidir con la servidumbre de tránsito, en cuyo caso los propietarios afectados sí serán indemnizados.

No nos movemos del campo de las servidumbres, ámbito en el que la complejidad es notable. Así, ¿cabe fundamentar en el contenido esen-

⁷⁹ Este camino es una antigua senda que hordea el perímetro de la isla de Menorca, y que tiene su origen en un vial trazado en el siglo XVIII con una finalidad básica de defensa, que permitía a la autoridad militar o gubernativa una buena vigilancia de las costas y la comunicación y servicio entre las atalayas, las baterías y otras fortificaciones. Posteriormente, y hasta nuestros días, dicho camino ha permitido —con mayor o menor dificultad— el paso libre de viandantes a lo largo de todo el perímetro del litoral menorquín, a pesar de transcurrir en la mayoría de tramos por terrenos de titularidad privada.

⁸⁰ Se da la circunstancia de que en la Proposición de Ley reguladora del *Camí de Cavalls* que aprobó el Consell Insular de Menorca se había optado por establecer una servidumbre pública de paso no sometida a indemnización. Durante la tramitación parlamentaria de la Proposición de Ley en el Parlamento Balear se optó por indemnizar la fijación de la servidumbre.

cial de los derechos de propiedad afectados la diferencia de trato que se desprende de la regulación de las servidumbres/limitaciones previstas en las Leyes de Costas, de Carreteras o de Ferrocarriles con respecto del régimen de las servidumbres de paso aéreo y subterráneo de energía eléctrica, de combustibles, de telecomunicaciones o de otros servicios, que tradicionalmente, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, se han equiparado a la expropiación y por ello se sujetan a una indemnización? Veamos los aspectos más destacables de dicho régimen.

El art. 52.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, reguladora del Sector Eléctrico, declara de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso⁸¹. Según el art. 56, la *servidumbre de paso aéreo* comprende, además del vuelo sobre el predio sirviente, el establecimiento de postes, torres o apoyos fijos para la sustentación de cables conductores de energía. La *servidumbre de paso subterráneo* abarca la ocupación del subsuelo por los cables conductores, a la profundidad y con las demás características que señale la legislación urbanística aplicable. Una y otra forma de servidumbre comprenderán igualmente el derecho de paso o acceso y la ocupación temporal de terrenos u otros bienes necesarios para la construcción, vigilancia, conservación y reparación de las correspondientes instalaciones. El art. 58.1 dispone que estas servidumbres no impedirán al dueño del predio sirviente cercarlo o edificar sobre él dejando a salvo aquéllas, siempre que sea autorizado por la Administración competente, que tomará en especial consideración la normativa vigente en materia de seguridad.

De acuerdo con el art. 156.3 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, la indemnización por la imposición de las servidumbres de paso comprenderá los siguientes conceptos: a) El valor de la superficie de terreno ocupado por los postes, apoyos o torres de sustentación o por la anchura de la zanja; b) El importe del demérito que en el predio sirviente ocasionen las servidumbres, así como las limitaciones en el uso y aprovechamiento del predio como consecuencia del paso para la vigilancia, conservación y reparación de la línea y las restricciones exigidas para la seguridad de las personas y las cosas⁸², y

⁸¹ Los preceptos de la Ley relativos a la expropiación y a la imposición de servidumbres son desarrollados en los arts. 140-162 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorización de instalaciones de energía eléctrica.

⁸² Hay que tener presente que, para las líneas eléctricas aéreas, queda limitada la plantación de árboles y prohibida la construcción de edificios e instalaciones industriales en la franja definida por la proyección sobre el terreno de los conductores extremos en las condiciones más desfavorables, incrementada con las distancias reglamentarias a ambos lados de dicha proyección; y para las líneas subterráneas también se establece esta prohibición en la franja definida

c) La indemnización por daños y perjuicios derivados de la ocupación temporal de terrenos para depósitos de materiales o para el desarrollo de las actividades necesarias para la instalación y explotación de la línea.

2 El art. 103.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, declara de utilidad pública a los efectos de expropiación forzosa y ejercicio de la *servidumbre de paso* las instalaciones y servicios necesarios para el desarrollo de las actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos. Las servidumbres y autorizaciones de paso —dispone el art. 107— comprenderán, cuando proceda, la ocupación del subsuelo por instalaciones y canalizaciones a la profundidad y con las demás características que señalen reglamentos y ordenanzas municipales, así como el derecho de paso y acceso, y la ocupación temporal del terreno u otros bienes necesarios para atender a la vigilancia, conservación y reparación de las instalaciones y conducciones. A diferencia de la Ley anterior, no se especifica el alcance de la servidumbre ni de la indemnización. Según dispone la STS de 30 de septiembre de 1997 (Ar: 6924), en la servidumbre de gasoducto se deberá tener en cuenta «los dos metros bajo los cuales discurre el gasoducto (uno a cada lado de su eje) y cuya ocupación equivale por sus fuertes limitaciones a una verdadera desposesión de esa faja de terreno⁸³, y el resto de la faja del terreno afectado, en que habrá de distinguirse, por un lado, otros dos metros, en los que se prohíben labores de cualquier clase que superen una profundidad de cincuenta centímetros y, por otro, cinco metros más de cada lado, contados, como todos los demás a partir del eje del gasoducto, en los que se prohíbe levantar edificaciones o construcciones de cualquier tipo».

3 Por su parte, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, dispone (art. 46.1) que los operadores titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones a los que les sean exigibles obligaciones de servicio público podrán exigir que se les permita la ocupación de la propiedad privada, cuando así resulte necesario para la instalación de la red, ya sea a través de su expropiación forzosa o mediante la declaración de *servidumbre forzosa de paso* de infraestructura de redes públicas de telecomunicaciones. Según la STS de 27 de octubre de 1979 (Ar: 3841), la servidumbre de paso en vuelo para instalación de un cable telefónico priva a la titular del fundo de las facultades de edificar o cultivar ciertas especies, y le impone la carga de soportar algunas actividades del beneficiario (Compañía Telefónica), como reparar el cable y vigilarlo, por lo que tales

por la zanja donde van alojados los conductores incrementada en las distancias mínimas de seguridad reglamentarias.

⁸³ La cursiva es del autor.

limitaciones se convierten en expropiación parcial. GARCÍA MACHO ⁸⁴ afirmó que la cuestión no era tan clara como en principio dio a entender el Tribunal, por cuanto la propiedad no se transfiere ni se destruye, sino que se constriñe, por lo que podría considerarse que se trataba más bien de una limitación.

En definitiva, es evidente la inmisión en el contenido esencial de la propiedad de los terrenos provocada por el establecimiento de tales servidumbres en lo que respecta a la implantación de postes, torres o apoyos fijos, a la ocupación del subsuelo y al paso o acceso y ocupación para la implantación, explotación, vigilancia, conservación y reparación de las instalaciones ⁸⁵. La cuantía de la indemnización es, sin embargo, más reducida que si se tratara de una expropiación total. Ahora bien, en el resto de los espacios afectados por el vuelo de la servidumbre de paso aéreo o que se encuentran en la superficie del subsuelo ocupado por los cables y por las canalizaciones de los fondos sirvientes pueden desarrollarse determinados usos, aunque sean de carácter agrícola o ganadero. De forma que las restricciones y los inconvenientes que desfavorecen tales espacios no parece que sean de un grado superior a los que deben soportar los titulares de los terrenos afectados por las servidumbres de tránsito y de acceso al mar y por las zonas de servidumbre y afección de las carreteras y ferrocarriles. Incluso no habría ningún obstáculo a que una futura ley estatal o autonómica se separara del criterio plasmado en las leyes vigentes sobre carreteras y sujetara a indemnización las servidumbres colindantes a las carreteras de competencia respectiva, lo que implicaría una diferencia de trato.

También llama la atención el diferente enfoque que dos normas muy semejantes sobre protección de los espacios naturales realizan sobre la servidumbre forzosa de instalación de señales indicadoras, no tanto por la relevancia de sus efectos sino por su interés. De acuerdo con los arts. 18.3 y 23 de la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana y con los arts. 26.3 y 28 de la Ley 9/2001, de 21 de agosto, de Conservación de la Naturaleza de Galicia, la declaración de un espacio natural protegido incluido en la Red respectiva de espacios protegidos también conllevará la sujeción de los terrenos ubicados en el interior de aquél a la servidumbre forzosa de instalación de señales indicadoras de esa condición y de su régimen. La servidumbre comporta la obligación de los predios sirvientes de dar paso y permitir la realización de los trabajos para el

⁸⁴ R. GARCÍA MACHO, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 510.

⁸⁵ M. FUERTES LÓPEZ, en F. SOSA WAGNER (dir. y coord.), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Navarra, Aranzadi, 1999, p. 285, afirma en relación a la servidumbre de gasoducto que «en consecuencia, el demérito puede ser prácticamente absoluto, dos metros, uno a cada lado de su eje, al impedir cualquier tipo de construcción o plantación».

establecimiento y conservación de las mismas. La Ley Valenciana añade que las indemnizaciones a que dé lugar la imposición de la servidumbre se establecerán con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa, teniendo en cuenta el valor de los terrenos ocupados y los daños y perjuicios ocasionados. Mientras que la Ley Gallega sólo dispone que para declarar e imponer las servidumbres será precisa la previa instrucción y resolución del expediente por parte de la Consejería de Medio Ambiente, en el cual, con audiencia de los interesados, se justifique la conveniencia y necesidad técnica de establecimiento de las mismas. De aquí podría deducirse que mientras en la Comunidad Valenciana dicha servidumbre está sometida a indemnización, no ocurre lo mismo en los espacios naturales protegidos de Galicia.

Al hilo de esta cuestión, no cabe duda de que el legislador también podría excluir de la protección de los espacios naturales a los terrenos de titularidad privada, por considerar que todas las facultades de goce del suelo, tanto en relación a su número como a su intensidad (cultivar, criar animales, cazar, talar árboles, edificar viviendas, construir instalaciones o establecimientos recreativos, turísticos o deportivos, etc.), forman parte del contenido esencial del derecho de la propiedad rústica ⁸⁶. Incluso no sería necesario que este planteamiento se plasmara a nivel legislativo, ya que distintas leyes ⁸⁷ permiten expropiar los bienes incluidos en los espacios naturales, con lo que, más allá de la adquisición de patrimonio natural y de los supuestos en que las restricciones que imponen las concretas necesidades conlleven de forma inequívoca el deber de indemnizar, esta opción facilitaría la compensación a sus titulares. Por tanto, el alcance del contenido esencial depende del criterio que siga la Administración correspondiente en cada caso.

Resulta indiscutible que, en último término, la delimitación del contenido de la propiedad por su función social que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas puede y debe ser controlada por el Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales correspondientes, en el ámbito de sus respectivas competencias. Sin embargo, y más allá tanto de la imposibilidad como de la inoportunidad de resolver la cuestión desde una perspectiva uniformista ⁸⁸, el Alto Tribunal no ha construido una doctrina eficaz y razona-

⁸⁶ Recordemos que por Ley del Parlamento de las Illes Balears 10/2003, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, se han excluido las fincas privadas de la delimitación de los Parques Naturales de la Península de Llevant (Mallorca) y de Cala d'Hort (Eivissa).

⁸⁷ P. e., art. 10.3 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la flora y fauna silvestres; art. 33.1 de la Ley 12/1985, de 13 de junio, de Espacios Naturales de Cataluña; art. 246.1 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo o art. 26.1 de la Ley 9/2001, de 21 de agosto, de Conservación de la Naturaleza de Galicia, entre otras.

⁸⁸ En la STC 37/1987, el mismo Tribunal declaró que «carece por lo mismo de sentido la exigencia de una regulación, necesariamente abstracta, de la función social —las funciones

ble sobre el concreto alcance del contenido esencial de los diferentes tipos de propiedad. Se da la paradoja que de las diferentes ocasiones en que tenía la oportunidad de concretar la pauta o modelo trazado en la STC 37/1987 (SSTC 227/1988, 170/1989, 149/1991 o 89/1994), sólo en la 170/1989 desgana el contenido esencial: en este caso el de la propiedad rústica sometida a un régimen de especial protección, que se identifica con el *uso tradicional y consolidado de cada finca*. Pero probablemente esta identidad no es válida en otros ámbitos (p. e., suelo urbano y urbanizable) y/o respecto de otro tipo de restricciones o deberes (p. e., imposición de servidumbres).

Aquí radica, por tanto, el segundo motivo de relativización de la funcionalidad del límite previsto en el art. 53.1 de la Constitución. El panorama ya fue descrito de manera diáfana por el que a la sazón era Magistrado del Tribunal Constitucional D. Álvaro Rodríguez Bereijo en el voto particular formulado a la Sentencia 89/1994, de 17 de marzo, al que se adhirieron los Magistrados D. Pedro Cruz Villalón y D. José Gabaldón López:

«En la sentencia de la que disiento viene a dejarse en manos del Legislador ordinario, en aras de la función social de la propiedad, la definición del contenido esencial de las "propiedades" o distintos tipos o categorías de propiedad, al establecer para cada una de ellas su propio y específico régimen jurídico, reconociéndole además una gran disponibilidad o libertad de configuración. En definitiva, el contenido esencial del derecho de propiedad, según el tipo o categoría, será lo que el propio Legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico. Así, *huérfano de todo referente ex constitutione*, la *garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de "contenido esencial" (art. 53.1 CE) se desvanece y volatiliza*⁸⁹. No creo pues, por todo lo dicho, que pueda compartirse la afirmación que sostiene el Abogado del Estado en sus alegaciones y que parece inspirar también el enfoque dogmático de la sentencia, de que "la consideración de la función social como conformadora del contenido mismo del derecho, nos exime de una indagación exhaustiva de la

sociales, mejor— del dominio, realizada con carácter general y uniforme, pues sin duda resultaría altamente artificiosa. Por el contrario, esa dimensión institucional del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido» (FJ 9.º). E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo II*, op. cit., p. 245, afirma al respecto que «ante todo es preciso evitar la tentación de condenar apresuradamente la existencia misma de diferencias. Cuando se habla de propiedad o de derecho de propiedad en singular, se está aludiendo, en rigor, a una realidad enormemente plural o, para ser más exactos, a un conjunto de realidades muy diversas, tanto como diverso es el papel que a cada una de ellas corresponde en la vida social. Si esto se admite —y parece inevitable hacerlo—, habrá que admitir también como consecuencia que sólo la Ley que regula cada realidad concreta, cada tipo de propiedad, puede determinar el rol social que en un momento dado la corresponde y, consiguientemente, el contenido preciso que socialmente debe serla asignado».

⁸⁹ La cursiva es del autor.

proporcionalidad o razonabilidad de la norma o de la prueba de sus presupuestos fácticos; bastará que la finalidad de la norma examinada se inserte con naturalidad en la función social para determinar la constitucionalidad de la misma» (FJ 2.º).

Apunta que la utilidad individual del propietario define también, junto con la función social, el contenido esencial de la propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes, y habrá que decir cuál es el núcleo de utilidad meramente individual del derecho de propiedad porque alguno tiene que haber, cuya pervivencia tras la acción de legislador es indispensable para que la propiedad que ahora consideramos sea reconocible. En fin, postula que se debería tratar de delimitar de alguna manera, partiendo de la doctrina general sobre el derecho de propiedad contenida en la STC 37/1987, los rasgos del tipo de propiedad descrito en nuestra Constitución, por encima o más allá de la "pluralidad de propiedades" en que se diversifica la institución dominical (urbanística, agraria o forestal, inmobiliaria, horizontal, industrial, etc.), a fin de que sirviese de canon en el control jurisdiccional que corresponde a los Tribunales.

En consecuencia, no puede descartarse la posibilidad e incluso la conveniencia de la existencia de criterios que complementen al contenido esencial en su misión diferenciadora o bien de otros elementos que directamente configuren su identidad. De un lado tendríamos la exclusividad o no en el uso del bien sobre el que recae la limitación, de forma que los supuestos en que no resulta compatible el uso compartido de los bienes por parte de su titular y de terceros deberían ser objeto de indemnización. De otro lado, si observamos las servidumbres delimitadoras previstas en las Leyes de costas, aguas, carreteras o ferrocarriles, veremos que las mismas gravan terrenos privados colindantes con bienes de dominio público; lo que implica una especial conformación de su contenido esencial. Asimismo, puede valorarse la existencia o no de un beneficiario o de un conjunto concreto de beneficiarios a favor de los cuales se restringen o condicionan las facultades del titular, ya que en caso afirmativo nos encontraríamos ante una actuación expropiatoria; por el contrario, si la intervención alcanzara a la colectividad o al interés público en general cabría hablar de delimitación⁹⁰. Las llamadas servidumbres forzosas de paso aéreo o subterráneas que se han comentado se constituyen, precisamente, a favor de beneficiarios concretos, como los concesionarios o los operadores de servicios⁹¹.

⁹⁰ En este sentido, para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, op. cit., p. 243, «donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, a favor de un beneficiario o de una suma de beneficiarios que eventualmente la Administración personifica en su posición común de "gestor del público", no hay expropiación, sino actos de poder que no generan un deber de indemnizar».

⁹¹ J. A. CARRILLO DONAIRE, *Las servidumbres administrativas...*, op. cit., p. 97, pone el acento en este "esclarecedor" criterio complementario: «los supuestos expropiatorios, ya sean formales o materiales, implican una titularidad subjetiva de una facultad extraída al derecho

Estas pautas no parecen, sin embargo, suficientes para contrarrestar la apreciación sobre la falta de un sistema robusto y fiable que permita diferenciar claramente las intervenciones delimitadoras de las expropiatorias, impresión que ha sido corroborada por la doctrina⁹². Esta situación puede generar inseguridad jurídica así como un riesgo de que se produzcan discriminaciones entre los titulares de bienes afectados por soluciones jurídicas distintas pero que persiguen fines semejantes⁹³.

En fin, ante una Ley concreta «será preciso, en primer término, averiguar cuál es, en concreto, la función social que por ella quiere asignarse al tipo de propiedad que regula. Habrá, después, que verificar si la función asignada responde o no a una necesidad socialmente sentida. Habrá que comprobar, finalmente, si la delimitación del concreto contenido que la Ley da al derecho de propiedad es congruente con aquella función o, más bien, la contradice o la rebasa perdiendo con ello su justificación»⁹⁴. En cualquier caso, las leyes de naturaleza expropiatoria «serán inconstitucionales si no han previsto en su propio texto la correspondiente indemnización; cuando un Tribunal ordinario se encuentre con una Ley de ese carácter sin tal previsión indemnizatoria tendrá obligación de plantear ante el Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad»⁹⁵. En caso de que prevea la indemnización, la Ley expropiatoria deberá fijar criterios genéricos de indemnización que deberán ser concretados por la Administración y por los Tribunales atendiendo a las características concretas de cada bien.

afectado; mientras que las delimitaciones no conllevan situaciones de titularidad de terceros sobre los derechos afectados. Es decir, tanto la privación total como la mera ablación expropiatoria se corresponden siempre con una utilidad o beneficio correlativo a la sustracción —sea ésta total o parcial— del derecho, mientras que en las intervenciones “delimitadoras” no se da esta interrelación patrimonial».

⁹² Entre otros, J. BARNÉS VÁZQUEZ, «Ley de Costas y garantía indemnizatoria», *op. cit.*, p. 71, indica que «el deber de indemnizar o de compensar económicamente ciertos deberes y limitaciones que gravan sobre la esfera patrimonial de los particulares se hace depender de criterios insuficientes...». Y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Madrid, CEURA, 2000, p. 418, apunta que «no existe un criterio específico, concreto y fiable que permita distinguir las actividades ablatorias indemnizables de las que no dan lugar a indemnización».

⁹³ Según la STC 227/1988, de 29 de noviembre, «no toda desigualdad de trato legal es discriminatoria, sino sólo aquella que, afectando a situaciones sustancialmente iguales desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de una justificación objetiva y razonable» (FJ 8.º).

⁹⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, *op. cit.*, p. 246.

⁹⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las expropiaciones legislativas...», *op. cit.*, p. 149.

6. LA INTERPRETACIÓN AMPLIA DEL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN ANTE LA VULNERACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL

Del panorama legislativo y jurisprudencial expuesto hasta el momento se colige, en términos generales, la tendencia hacia una interpretación amplia de la capacidad de los poderes públicos para delimitar el derecho de propiedad en beneficio de su función social y, correlativamente, hacia un enfoque restrictivo del alcance del contenido esencial, con excepción de los casos de imposición de servidumbres de paso aéreo o subterráneo necesarias para la implantación de diversas instalaciones a favor de beneficiarios concretos.

Al propio tiempo, se produce una interpretación amplia del *concepto* de expropiación forzosa, por cuando se incardina en la misma cualquier intervención que no respete el contenido esencial del derecho, de la mano de la privación total o parcial de un bien, de un derecho o de un interés patrimonial, aunque propiamente no se produzca una transferencia del dominio. Es decir, la imposición de una obligación o de una restricción general o singular del ejercicio de los derechos y facultades de uso y disposición de un bien que sea desproporcionada, que haga irreconocible e impracticable el tipo concreto de derecho dominical es considerada como expropiación. Este planteamiento se funda en la combinación de las previsiones contenidas en los apartados segundo y tercero del art. 33 y en el art. 53.1 de la Constitución; se confirma en parte por la letra del art. 1.1 LEF y del art. 1.2 del Reglamento de la LEF⁹⁶, y ha sido ratificado por la jurisprudencia. Sirva de muestra la STS de 7 de abril de 2001 (Ar. 5757), que confirmando la STSJ de Asturias de 9 de octubre de 1996, declara que la imposibilidad de edificar sobre un terreno urbano calificado como residencial de baja intensidad incluido en la línea de edificación correspondiente a un proyecto de ejecución de una carretera en Asturias debe ser objeto de indemnización mediante el pago del justo precio expropiatorio, ya que la aprobación y ejecución del proyecto implica la privación de un derecho patrimonializado.

El Abogado del Estado había sostenido en el recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal *a quo* que si como consecuencia de la ejecución de dicha obra resultasen limitaciones en los predios conti-

⁹⁶ El primero dispone que en la expropiación forzosa se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio. Y según el art. 1.2 del Reglamento de la Ley la enumeración de los supuestos de privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos que hace el precepto anterior tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos.