

EL PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIÓN ITALIANO: ENTRE LA IRRELEVANCIA DE LAS FORMAS Y LA INTERVENCIÓN CORRECTORA DEL TEDH

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROGRESIVA DEGRADACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIÓN ITALIANO. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LA EXPROPIACIÓN.—III. LA CREACIÓN Y DESARROLLO DE LA «OCUPACIÓN ADQUISITIVA», Y SU POSTERIOR DESAPROBACIÓN POR PARTE DEL TEDH: 1. *El origen jurisprudencial de la «ocupación adquisitiva» y su admisibilidad constitucional.* 2. *Uno de los aspectos más controvertidos: la compensación de los daños y perjuicios al propietario del inmueble.* 3. *La desaprobación de la «ocupación adquisitiva» por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*—IV. EL DPR DE 8 DE JUNIO DE 2001: ¿EL FIN DE LA «OCUPACIÓN ADQUISITIVA» O LA LEGALIZACIÓN DE LO ILEGAL?: 1. *Generalidades.* 2. *La eliminación (y posterior reintroducción) del procedimiento de urgencia.* 3. *La utilización de un bien sine titulo para fines de utilidad pública: a) Adquisición derivada de acto administrativo. b) Adquisición derivada de la decisión judicial. c) Aspectos comunes: la determinación del daño y la imprescriptibilidad de la acción de resarcimiento.* 4. *La dudosa compatibilidad del artículo 43 TU con la Constitución italiana y con el Protocolo Adicional 1 CEDH. Las dos nuevas decisiones del TEDH en relación con la «ocupación adquisitiva».*—V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN

El presente artículo analiza las dificultades existentes en Derecho italiano para conseguir un equilibrio entre la tutela del derecho de propiedad y la protección de la obra pública. Así, se estudia la regulación del régimen de las expropiaciones de hecho —art. 43 del texto único de las disposiciones en materia de expropiación forzosa—, regulación que plantea problemas de compatibilidad con el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH. Además, se traza la evolución que ha experimentado el Derecho italiano en este ámbito, ya que la nueva normativa es consecuencia directa de la censura que dos sentencias del TEDH de 30 de mayo de 2000 hicieron a la figura de la *occupazione acquisitiva* por vulnerar el principio de legalidad (art. 1 del Protocolo 1 CEDH). Este mecanismo, de creación jurisprudencial, permitía la adquisición de la propiedad por parte de los entes expropiantes antes de la culminación del procedimiento de expropiación si, después de haber tomado la posesión del inmueble, aun ilegalmente, realizaban la obra pública.

Palabras clave: expropiación; vía de hecho; jurisprudencia TEDH; Derecho italiano.

ABSTRACT

The aim of this paper is the analysis of difficulties in Italian Law to get a balance between the respect to the right of property and public works protection. So, the new regimen of constructive-expropriation rule —art. 43 Expropriation Act— is studied. There is doubt about the compatibility of these rules with art. 1 Protocol No 1 European Convention of Human rights. In addition, background is expounded as the new rules are a direct

consequence of two ECHR's judgements of 30 May 2000 that declared that *occupazione acquisitiva* is not in compliance with the requirement of lawfulness (art. 1 Protocol No 1 Convention). Under *Occupazione acquisitiva*, rule established by the courts, the public authorities acquired title to the land from the outset before formal expropriation if, after taking possession of the land and irrespective of whether such possession is lawful, the works in the public interest were performed.

Key words: expropriation; constructive-expropriation rule; ECHR case law; Italian Law.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo se ha planteado en nuestro ordenamiento la necesidad de que sea aprobada una nueva Ley de Expropiación. Así, es un hecho indiscutible que la calidad técnica de la Ley general de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y de su Reglamento se ha visto seriamente afectada por posteriores reformas legislativas, que han hecho que, según un cualificado intérprete, la expropiación forzosa sea «la vergüenza del Derecho Público español»¹. El propio legislador advirtió que en este ámbito la legislación estaba «sin duda necesitada toda ella de una revisión para adaptarse a la dinámica de nuestro tiempo»², y, de hecho, como es sabido, en la anterior legislatura llegó a ser elaborado un anteproyecto de Ley general de Expropiación Forzosa³.

En este contexto, es de indudable interés el estudio de modelos expropiatorios comparados. Entre éstos, en mi opinión, merece especial atención la legislación expropiatoria italiana, habida cuenta que recientemente ha entrado en vigor el DPR de 8 de junio de 2001, núm. 327, relativo al «texto único de las disposiciones legislativas y reglamentarias en materia de expropiación por utilidad pública» —en adelante, «TU»—⁴, modificado después por el Decreto legislativo de 27 de diciembre de 2002, núm. 302⁵. En este sentido, el texto único responde a la necesidad de realizar una racionalización del marco normativo relativo a la expropiación, reordena-

¹ T.-R. FERNÁNDEZ, «Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio», núm. 166 de esta REVISTA, 2005.

² Exposición de Motivos de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

³ En relación con dicho anteproyecto, vid. T.-R. FERNÁNDEZ, «Por una nueva Ley de Expropiación...», *op. cit.*, y A. PALOMAR OLMEDA, «Algunas cuestiones sobre la expropiación forzosa en la actualidad: el procedimiento expropiatorio y la determinación del justiprecio», *Revista de Urbanismo y Edificación*, 10, 2004. Para un comentario sistemático y detallado del mismo, vid. F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, «Comentarios sobre el anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 14, 2002.

⁴ La entrada en vigor del DPR de 8 de junio de 2001, núm. 327, prorrogada al 30 de diciembre de 2002 por el artículo 5.3 de la Ley de 1 de agosto 2002, núm. 166, fue retrasada al 30 de junio de 2003 por el artículo 3 del DL de 20 de junio 2002, núm. 122, convalidado por la Ley núm. 185/2002.

⁵ La base normativa de esta norma está constituida por la delegación en materia de reordenación de las normas relativas al urbanismo y a la expropiación establecida mediante el artículo 7.2 de la Ley núm. 50/1999, además de la ulterior delegación del artículo 1.4, letra f), de la Ley núm. 340/2000.

ción que se hacía imprescindible dada una serie de factores, tales como la pluralidad de normas relativas a la expropiación que se han ido sucediendo y estratificándose en el tiempo a partir de la Ley 2359/1865 (derogada por el TU), además de los efectos producidos por decisiones jurisprudenciales, entre otras las de la Corte de Casación (por ejemplo, la sentencia núm. 1464/1983) y las del TEDH (sentencias de 30 mayo 2000)⁶ —que analizaremos en este trabajo—. Por lo que aquí interesa, y entre otros extremos, el TU trata de poner remedio a fenómenos similares a los que se han producido en nuestro propio Derecho —en concreto, la generalización del procedimiento de urgencia y de las declaraciones de utilidad pública implícitas—.

No obstante, el objeto de este estudio no va a ser la descripción del procedimiento expropiatorio italiano, pues aunque esta cuestión pudiera resultar de innegable interés, en mi opinión, hay un aspecto que trasciende a la misma: la protección del ciudadano frente a expropiaciones ilegales. Ello es así porque es extraordinariamente llamativo lo difícil que resulta en el seno de este ordenamiento lograr un equilibrio entre la protección de la obra pública y la tutela del derecho de propiedad del expropiado. De hecho, ante la generalización de las expropiaciones ilegales, la jurisprudencia italiana creó una nueva forma de adquisición de la propiedad denominada «ocupación adquisitiva» (*occupazione acquisitiva*)⁷, basada en la comisión de un hecho ilícito por parte de la Administración. La posterior censura que el TEDH hizo en el año 2000 a esta construcción motivó que el propio legislador italiano introdujera en el TU un artículo relativo a las «consecuencias de la utilización de un bien para fines de interés público, en ausencia de una resolución ablatoria válida», que permite a la Administración que ha prescindido del procedimiento expropiatorio conseguir la ablación de la propiedad privada mediante la emanación de un «acto de adquisición». Lejos de haberse logrado una solución a un problema, la realización de adquisiciones coactivas sin respetar el procedimiento expropiatorio, que podemos considerar generalizada —a la vista de la alta litigiosidad de plantea—, ha abierto nuevos interrogantes. En cualquier caso, la actualidad de la materia es indiscutible, habida cuenta que la última palabra, por el momento, ha sido pronunciada de nuevo por el TEDH, este mismo año, que, mediante dos sentencias de 17 y una de 19 de mayo de 2005, ha vuelto a condenar a Italia en dos supuestos de «ocupación adquisitiva».

⁶ Vid. Dictamen del Consejo de Estado de 29 de marzo de 2001, núm. 4/2001, que acompañó al proyecto de DPR.

⁷ Doctrina y jurisprudencia utilizan indistintamente los términos *occupazione acquisitiva*, *occupazione appropriativa*, *accessione invertita*. En este sentido, R. Caso («La Cassazione tra occupazione appropriativa ed espropriazione sostanziale: Dr. Jekyll e Mr. Hyde?», *Foro It.*, I, pág. 89) señala que los términos *occupazione acquisitiva* y, mejor aún, *occupazione appropriativa* representan la tensión interna de la configuración de la figura en cuestión (ilícito adquisitivo-extintivo). Por otro lado, desaconseja la utilización del término *accessione invertita*, ya que entiende que sería mejor utilizar esta expresión sólo para indicar el supuesto previsto en el artículo 938 CCI, que no es directamente aplicable.

II. LA PROGRESIVA DEGRADACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIÓN ITALIANO. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LA EXPROPIACIÓN

Antes de comenzar el estudio de la tutela del administrado ante expropiaciones ilegales, es necesario hacer referencia, por un lado, a los rasgos más importantes del procedimiento de expropiación forzosa y, por otro, a los criterios de determinación de la indemnización expropiatoria en el Derecho italiano. Ello es así porque la creación de la figura de la «ocupación adquisitiva» tiene su origen en la alteración de la relación existente entre la realización de la obra pública y la transmisión de la propiedad prevista en la vetusta Ley de expropiación por utilidad pública de 25 de junio de 1865, núm. 2359. Por otro lado, es preciso dedicar unas líneas al sistema de determinación de la indemnización expropiatoria —que, por lo demás, ha sido también objeto de censura por parte del TEDH—, para comprender hasta qué punto la cuantía que se ha de satisfacer en los supuestos de expropiación inválida, comparada con el precio de la expropiación, hubiera podido resultar un elemento disuasorio de los comportamientos ilegales de la Administración. Por lo demás, es preciso poner de manifiesto que en el Derecho italiano se desconoce la figura de la vía de hecho, presente en ordenamientos tan cercanos como el francés —donde se remontaría al período del Antiguo Régimen⁸— o español. Ello es así por la rigurosa forma en que se ha entendido tradicionalmente la separación de poderes en el ordenamiento italiano, de modo que, según VOLPE, la prohibición de dictar sentencias de condena frente a los entes públicos ha constituido una especie de «pantalla» detrás de la cual se ha ocultado el problema de la admisibilidad de expropiación forzosa de hecho⁹. Así, según el mismo autor, sólo desde el momento en el que se ha comenzado a poner en duda el dogma de la inadmisibilidad de sentencias de condena a un *facere* específico frente a la Administración se ha levantado el velo, y se ha puesto de manifiesto el problema subyacente de la eficacia expropiatoria de las ocupaciones *sine titulo*.

En el diseño del procedimiento de expropiación de la Ley de 1865, la Administración debía completar el procedimiento de expropiación y, sólo una vez adquirida la propiedad del inmueble, realizar la obra pública. Esta adquisición de la propiedad se produce mediante el «decreto de expropiación»¹⁰, último acto administrativo del procedimiento de expropiación italiano, que, por lo demás, deja constancia del pago de la indemnización expropiatoria. No obstante, como consecuencia de la legislación emanada a partir de los años setenta del pasado siglo, el instituto de la ocupación de urgencia —originariamente previsto, como en nuestro propio Derecho, en

⁸ Sobre los antecedentes cronológicos de las *vois de fait*, AUBY y DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, París, 1984, pág. 673.

⁹ F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, CEDAM, Padua, 1996, pág. 46.

¹⁰ Así, según el artículo 48 de la Ley de 1865, «tras la presentación de los documentos que certifiquen el depósito o los títulos justificativos del pago, el Prefecto decreta la expropiación y autoriza la ocupación del bien».

supuestos excepcionales— se convierte en el procedimiento ordinario, de manera que de forma generalizada se permite el inicio de la obra antes de la adquisición de la propiedad por la vía de la «ocupación anticipada», ocupación que precede, por tanto, a la emanación del decreto de expropiación¹¹. Así, las innovaciones que probablemente se alejan más significativamente del modelo originario de 1865 son las introducidas por la Ley sobre obras públicas de 3 de enero de 1978, núm. 1, que generaliza la declaración de utilidad pública implícita y de urgencia¹².

Esta situación, en principio, comparada con el ordenamiento español, no produce extrañeza. Pero una diferencia fundamental entre los dos procedimientos expropiatorios es que el procedimiento de expropiación italiano está acotado temporalmente por una serie de plazos, plazos que forman parte de la tutela constitucional del derecho de propiedad¹³. De este modo, el artículo 13 de la Ley de 25 de junio de 1865 disponía que la declaración de utilidad pública debía establecer los plazos dentro de los cuales debería terminarse el procedimiento de expropiación y la obra pública. Del mismo modo, para garantizar la seriedad de la ocupación de urgencia, la misma está sometida a un plazo máximo —plazo originariamente de dos años, art. 73 Ley de 1865—, de modo que si transcurrido éste sin que el decreto de expropiación sea emanado la expropiación deviene ilegal.

Asimismo, a la ampliación del alcance y efectos de la ocupación de urgencia a que estamos haciendo referencia ha contribuido la intervención del propio legislador. Así, el originario plazo de dos años al que hemos aludido fue ampliado a cinco años por el artículo 20 de la Ley 856/1971. No obstante, además, una serie de disposiciones legislativas establecieron la prórroga de los plazos de caducidad de las ocupaciones en curso, vaciando en parte el significado de la determinación legislativa previa de un plazo máximo para la ocupación. Y, aun así, en la práctica, la Administración, después de haber obtenido la disponibilidad del inmueble y haber realizado la obra pública, no ha procedido, incluso después del transcurso del plazo de cinco años de eficacia de las ocupaciones de urgencia, a concluir

¹¹ Las primeras innovaciones significativas en el procedimiento de expropiación se introdujeron por la Ley de 22 de octubre de 1971, núm. 865, que, sin derogar completamente la Ley de 1865, se convierte en la nueva Ley general en materia de expropiación. Desde un punto de vista procedimental, la Ley 865/1971 concentra en una única fase las de declaración de utilidad pública e identificación de los bienes a expropiar, fases éstas originariamente distintas en la regulación de 1865.

¹² Según el artículo 1 de la Ley de 3 de enero de 1978, núm. 1, «la aprobación de los proyectos de obras públicas por parte de los órganos estatales, regionales y de otros entes territoriales competentes equivale a la declaración de utilidad pública y de urgencia».

¹³ Mediante sentencia de 6 de julio de 1966, núm. 90, el Tribunal Constitucional italiano declaró inconstitucional la Ley siciliana de 19 de febrero de 1950, núm. 20, que preveía la realización de ciertas obras sin contemplar el plazo de finalización del procedimiento de expropiación y de terminación de las obras. Así, para el Tribunal Constitucional, la ausencia de estos plazos en la declaración de utilidad pública demostraría que la expropiación no está dirigida a satisfacer necesidades concretas y actuales que justifiquen el sacrificio de la propiedad privada.

Por lo demás, en el anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa al que hemos hecho referencia en la introducción se preveía un plazo de seis meses de la caducidad de la declaración de urgencia. Vid. F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, «Comentarios sobre...», *op. cit.*, pág. 5.

el procedimiento de expropiación¹⁴ —y, en consecuencia, a pagar el valor del bien—, tal y como exigía la normativa italiana. Lo realmente llamativo del caso italiano, por tanto, es la insuficiencia de los plazos legales como auténtica tutela del expropiado, al haber sido ignorados por las Administraciones expropiantes. Antes al contrario, dicha garantía ha supuesto el resquebrajamiento del procedimiento de expropiación italiano, como se expondrá a lo largo de este trabajo.

Desde el punto de vista indemnizatorio, en Derecho italiano la indemnización procedente en determinados supuestos de expropiación forzosa no se ha correspondido con el valor de mercado del bien, sino con una cantidad ostensiblemente menor. En efecto, la ya citada Ley 2359/1865 establecía como indemnización el valor de cambio del bien, o, lo que es lo mismo, la cuantía que el propietario hubiera conseguido en una contratación libre sujeta a condiciones del mercado. No obstante, y por referirnos solamente al precedente más inmediato, el artículo 5 bis del Decreto de 11 de junio de 1992, núm. 333, convertido con modificaciones en la Ley de 8 de agosto de 1992, núm. 359, estableció que para las áreas urbanizables la indemnización consistía en la media del valor de venta del bien y del rendimiento catastral; el importe así determinado se reducía en un 40%, reducción que no se aplicaba en caso de cesión voluntaria del bien. La constitucionalidad de este criterio fue confirmada mediante la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 283, de 16 de junio de 1993, según la cual la indemnización expropiatoria no debe necesariamente corresponder al valor de mercado del inmueble a adquirir, sino que puede alejarse de tal valor, incluso de manera significativa¹⁵, siempre que no resulte irrisorio¹⁶.

El penúltimo paso de esta evolución, someramente trazada, viene representado por el ya citado DPR de 8 de junio de 2001, núm. 327, relativo

¹⁴ En este sentido, entre otros, P. VIRGA, «Luci ed ombre nel nuovo testo unico sulle espropriazioni», *Giust. It.*

¹⁵ Habida cuenta de que el valor catastral del bien está muy alejado de su valor real, en los autos de remisión que plantean cuestión inconstitucional que resuelve esta sentencia se estima que el valor que se satisface en los supuestos de expropiación forzosa es el 30% del valor venal.

¹⁶ En este sentido, para el Tribunal Constitucional italiano, la indemnización expropiatoria constituye «sólo la máxima contribución y reparación que, en el ámbito de fines de interés general, la Administración Pública puede garantizar al interesado: sólo una indemnización establecida en medida simbólica sería una indemnización inexistente con la consiguiente vulneración del artículo 42.3 de la Constitución italiana».

Vid. una crítica en G. LEONE/A. MAROTA, «Espropriazione per pubblica utilità», en G. SANTIANELLO (Dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXVII, CEDAM, Padova, 1997, págs. 416 y ss. Vid., asimismo, A. PERINI, «L'insostenibile leggerezza della garanzia costituzionale dell'indennità di espropriazione», *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 3-4, 1999, págs. 442 y ss., quien, además de facilitar numerosas referencias bibliográficas, resume la evolución jurisprudencial de la *Corte Costituzionale* en materia de indemnización expropiatoria. Por su parte, N. PALETTI/A. MARI («Occupazione appropriativa e nuovo testo unico in materia di espropriazione», *Riv. Amm. Rep. It.*, 2001, págs. 560-563) ya habían adelantado que los criterios indemnizatorios establecidos actualmente en el artículo 37 TU vulneran el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH. En el mismo sentido, S. BONATTI, «Il crepuscolo dell'occupazione acquisitiva», *Riv. It. Dir. Com.*, 5, 2000, pág. 1114.

al «texto único de las disposiciones legislativas y reglamentarias en materia de expropiación por utilidad pública».

Desde el punto de vista de los aspectos que venimos analizando, el TU, por un lado, elimina el procedimiento de ocupación de urgencia, si bien, como tendremos ocasión de analizar, es reintroducido incluso antes de la entrada en vigor de la norma. Por otro lado, se mantienen los criterios indemnizatorios del artículo 5 bis de la Ley 359/1992. Ahora bien, la última palabra en materia indemnizatoria no ha sido pronunciada por el legislador italiano, sino por el TEDH, que en su reciente sentencia de 29 de julio de 2004, *Scordino c. Italia*, ha condenado a Italia por violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH, habida cuenta de que en el supuesto que enjuicia la sentencia, en el que se hacía aplicación de los mencionados criterios del artículo 5 bis de la Ley 359/1992, se había roto el equilibrio que ha de existir en toda operación expropiatoria¹⁷. Ello previsiblemente provocará una nueva intervención del legislador italiano, pues, según algunos intérpretes, a falta de la misma sería de nuevo aplicable el criterio originario del valor venal, criterio que, según dichos autores, el legislador italiano no estaría dispuesto a aceptar¹⁸. En cualquier caso, la sentencia no es definitiva, ya que el Gobierno italiano, utilizando las prerrogativas del artículo 43 CEDH, ha solicitado la remisión del asunto a la Gran Sala del TEDH. No obstante, teniendo en cuenta que la sentencia *Scordino* fue decidida por unanimidad, no parece previsible un cambio de orientación por parte de la Gran Sala¹⁹.

III. LA CREACIÓN Y DESARROLLO DE LA «OCUPACIÓN ADQUISITIVA», Y SU POSTERIOR DESAPROBACIÓN POR PARTE DEL TEDH

1. *El origen jurisprudencial de la «ocupación adquisitiva» y su admisibilidad constitucional*

La «ocupación adquisitiva» es un instituto de mera creación jurisprudencial que nace de una práctica administrativa relativamente frecuente

¹⁷ Es destacable que en el caso las autoridades italianas no aplicaron la reducción del 40% que prevé la legislación italiana en los supuestos en los que no se produce la cesión voluntaria del inmueble.

¹⁸ En este sentido, vid. A. LIGUORI, «Quantificazione dell'indennità di espropriazione e CEDU», *Urb. E. App.*, 1, 2005, pág. 35; G. DE MARZO, «Comento», *Foro It.*, IV, 2005, pág. 10. Vid., igualmente, R. CONTI, «Scordino c. Italia (pen)ultimo atto: la scure —non definitiva— di Strasburgo sull'indennità di esproprio», *Corr. Guir.*, 12, 2004, pág. 1583.

No obstante, S. BENINI («Comento», *Foro It.*, IV, 2005, pág. 6) resalta que el juicio de inadecuación no afecta con carácter general a la indemnización garantizada por el artículo 5 bis, ya que el objeto del litigio era el trato dado a un supuesto concreto, en el cual el juicio final de inadecuación se habría formulado en relación con un complejo de componentes que, junto a la cuantía prevista en la norma en discusión, habría tenido en cuenta el posterior trato fiscal, además de la duración del proceso. Por ello, no considera posible la des aplicación del artículo 37 TU. En opinión del citado autor, no quedaría otra solución, ante la poco probable reelaboración legislativa de las normas indemnizatorias recientemente aprobadas, que remitir la cuestión a la *Corte Costituzionale*.

¹⁹ En este sentido, R. CONTI, «Scordino c. Italia...», *op. cit.*, pág. 1587.

según la cual la Administración pública ocupaba una propiedad privada y procedía a la realización de una obra pública, sin respetar las formas procedimentales²⁰. El ámbito de aplicación de la figura es tanto el caso de que la ocupación hubiese sido, desde su inicio, *sine titulo* por la ausencia de un acto que autorizase a la Administración pública a obtener la posesión del inmueble (por ejemplo, en los supuestos de ausencia de la declaración de utilidad pública o de la declaración de urgencia) como en el de que, ocupado el inmueble en virtud de un acto administrativo válido, la Administración pública procediese a su transformación irreversible después de la expiración del plazo final de la ocupación legítima (así, cuando se produce el transcurso del plazo de eficacia de las ocupaciones de urgencia sin haberse concluido el procedimiento de expropiación).

Frente a este comportamiento de la Administración, el propietario se veía despojado de su derecho dominical y de sus facultades correspondientes: sobre todo, estaba desprovisto de instrumentos adecuados de tutela, ya que la jurisprudencia tradicional, hasta los años setenta, no admitía que el particular ilegítimamente privado de su propiedad pudiera hacer valer su derecho a la restitución de la misma. De este modo, la única forma de tutela reconocida al privado que había sufrido una expropiación *sine titulo* era la de tipo indemnizatorio, dirigida a obtener una reparación de los daños sufridos a causa del ilícito realizado por la Administración, con fundamento en la responsabilidad extracontractual *ex* artículo 2043 del Código civil italiano (en adelante, CCI)²¹. Esta interpretación tradicional otorgaba sólo una tutela indemnizatoria, pero no teorizaba sobre la operatividad de mecanismo alguno traslativo de la propiedad a favor de la Administración por efecto de la transformación irreversible del inmueble ocupado. Por el contrario, se consideraba que hasta la aprobación del acto formal de expropiación debía admitirse la coexistencia sobre el mismo bien de dos derechos de propiedad distintos: el del privado, vaciado de todo contenido y por eso sólo formal, y el de la Administración pública, consolidado por el efecto de la transformación irreversible del bien, pero carente de título.

En este contexto surge la importantísima sentencia de la *Corte di Cassazione*, Sez. Un., de 26 de febrero 1983, núm. 1464, o, lo que es lo mismo, el nacimiento de la «ocupación adquisitiva». Esta sentencia es auténticamente revolucionaria porque, partiendo de la inadmisibilidad de la coexistencia de dos derechos de propiedad distintos —uno del privado sobre el suelo y otro de la Administración pública sobre la obra— sobre un nuevo y unitario bien, atribuye la titularidad de este nuevo bien a la Administración pública. De este modo, esta importante sentencia conduce a la creación, en vía jurisprudencial, de un nuevo (y anómalo) modo de adquisición a título originario de la propiedad por parte de la Administración pública.

²⁰ F. CARINGELLA, «L'espropriazione di valore, l'occupazione appropriativa, l'acquisizione coattiva sanante», *Riv. Amm. Rep. It.*, CLV, 2004, págs. 87 y ss.

²¹ Según este precepto, cualquier hecho doloso, o culposo, que ocasione a otros un daño injusto obliga a quien lo ha cometido a resarcir el daño.

En efecto, la argumentación de la sentencia se basa en la prevalencia del interés público en el mantenimiento de la obra sobre el privado en la restitución del bien, al menos una vez producida la irreversible transformación del inmueble. En este preciso momento —el de la transformación irreversible del bien— se produce tanto la transmisión de la propiedad del particular a la Administración pública con fundamento en el principio de accesión previsto en el artículo 934 CCI (según el cual *superficies solo cedit*)²² —si bien en modo inverso— como el nacimiento del derecho de resarcimiento del privado, sometido al plazo de prescripción de cinco años (art. 2947 CCI²³).

Pese a las críticas doctrinales, que no aceptaron de buen grado la nueva figura, poniendo de manifiesto que el instituto suponía un nuevo modo de expropiación de la propiedad privada en violación de la reserva de ley establecida en el artículo 42.3 de la Constitución italiana —en adelante, CI—²⁴, y pese a que la elaboración ha sido en algunos aspectos tortuosa²⁵, la jurisprudencia ha desarrollado un extenso cuerpo doctrinal en relación con el instituto de la *occupazione appropriativa*, tal y como fue elaborado, en sus líneas fundamentales, por la sentencia inicial de la Corte Suprema.

Posteriormente, el legislador, mediante la Ley núm. 48, de 27 de octubre de 1988, en materia de vivienda social, avaló la construcción jurisprudencial. En el artículo 3 de dicha Ley se establece, extendiéndose las reglas hasta ahora elaboradas por la jurisprudencia a un supuesto en el que no

²² Según este precepto, cualquier plantación, construcción u obra existente sobre o bajo el suelo pertenece al propietario de éste, salvo cuanto se dispone en los artículos 935, 936, 937 y 938, y salvo que resulte otra cosa del título o de la ley.

²³ Según este precepto, el derecho al resarcimiento del daño que se deriva de hecho ilícito prescribe a los cinco años desde el día en el que se produzca el hecho.

²⁴ En este sentido, entre otros, vid. MASTROCINQUE, «Il potere e il diritto», *Giust. Civ.*, I, 1983, pág. 1737; ANNUNZIATA, «Brevi note sugli aspetti pubblicistici della decisione in tema di danni da occupazione illegittima», *ivi*, pág. 1740; CAROTENUTO, «L'opera pubblica su suolo privato. Una soluzione che lascia perplessi», *ivi*, pág. 1741.

La Constitución italiana reconoce la propiedad privada en su artículo 42, dentro del título III de la parte I —«Derechos y deberes de los ciudadanos»—, rubricado «Relaciones económicas». Junto a este reconocimiento, la citada Ley Fundamental prevé, asimismo, que «la propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general, en los casos previstos por la Ley, mediante la correspondiente indemnización».

²⁵ En este sentido, cabe destacar la enorme dificultad que ha supuesto determinar con suficiente claridad el momento en el que se produce la irreversible transformación del inmueble, problema de gran importancia puesto que de esta solución depende la determinación del *dies a quo* para el inicio del transcurso del plazo de cinco años de prescripción del derecho al resarcimiento. En este sentido, cuando la ocupación era ilegítima *ab origine*, la jurisprudencia ha utilizado distintos criterios: completa realización de la obra pública (Cass. 16 septiembre 1992, núm. 10597; Cass. 13 enero 1994, núm. 301); realización de trabajos que, aunque no hayan conllevado la realización de la obra pública, evidencien la necesidad de una posterior finalización de la misma (Cass. 13 julio 1994, núm. 6561); momento en el que el coste de la demolición es superior al de la finalización de la obra (C. Cass., Sez. Un., 25 noviembre 1992, núm. 12546).

En el caso en el que la ocupación fuera originariamente legítima, el efecto traslativo a favor de la Administración pública se produce cuando finaliza de modo infructuoso el plazo de la ocupación legítima, aunque la transformación irreversible se haya verificado en un momento anterior (por ejemplo, Cass. 18 octubre 1994, núm. 8495; Cass. 5 mayo 1995, núm. 4913; Cass. 9 abril 1996, núm. 3270).

serían aplicables, por no ser el beneficiario ni un concesionario ni la Administración, que el propietario del terreno utilizado para la construcción de viviendas sociales tiene derecho al resarcimiento del daño causado por el procedimiento expropiatorio declarado ilegal con sentencia con fuerza de cosa juzgada, sin que pueda solicitar la *retrocesión* del bien. La constitucionalidad de este precepto fue confirmada por la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 27 de junio de 1990, núm. 384. La citada sentencia entiende que el artículo 42 CI no implica que la potestad expropiatoria deba referirse a supuestos ablatorios configurados de manera previa que respondan a un *iter* procedimental uniforme²⁶, ya que, en definitiva, existe una «prevalencia del interés público frente al derecho del expropiado a la restitución de los bienes».

En definitiva, mediante su sentencia de 27 de junio de 1990, el Tribunal Constitucional italiano consagra la creación del Tribunal Supremo en materia de expropiaciones ilegales. No obstante, no será la única vez que tenga que pronunciarse sobre aspectos relacionados con la misma, como examinamos a continuación.

2. *Uno de los aspectos más controvertidos: la compensación de los daños y perjuicios al propietario del inmueble*

Un aspecto especialmente problemático en relación con la disciplina del instituto de la «ocupación adquisitiva» ha sido, sin duda, el relativo a la cuantía de la indemnización debida por la Administración pública al privado que ha sufrido la sustracción ilegítima de su propiedad. Precisamente como obligación indemnizatoria generada por un hecho ilícito, la jurisprudencia determinó que la Administración pública debía resarcir plenamente al privado satisfaciendo el valor venal del bien. Ello desempeñaba una función sancionadora y disuasoria para la Administración pública, pues siendo el coste económico de la «ocupación adquisitiva» mucho mayor que el derivado de un procedimiento de expropiación legítimo (es decir, como hemos visto, la semisuma del valor de venta del bien y del valor catastral del terreno en el último decenio, con reducción del 40%, salvo en los casos de cesión voluntaria, *ex art. 5 bis Ley 359/92*), ello hubiera podido seguramente constituir el principal elemento para disuadir a la Administración pública de la realización de expropiaciones indirectas e ilegítimas.

²⁶ Y es que, según el juez que formuló la cuestión de inconstitucionalidad, la norma controvertida vulneraría el artículo 42 CI, según el cual la potestad expropiatoria se caracterizaría por una tipicidad especial, en cuanto referible a los casos previa y taxativamente individualizados por las leyes, por lo que se excluiría que la transferencia coactiva de la propiedad pueda ser establecida *ex post*, sanando retroactivamente situaciones de ocupación ilegítima de los bienes de la propiedad privada. En este sentido, añade el Tribunal Constitucional que, en lo que respecta al supuesto concreto, la norma se inserta con el fin de «asegurar la justicia equitativa» y de eliminar situaciones de «inseguridad jurídica» en relación con muchos casos en los cuales los Ayuntamientos habían procedido al otorgamiento de concesiones para la construcción de viviendas de carácter social, sin que el procedimiento expropiatorio del suelo hubiese sido seguido regularmente.

La propia *Corte Costituzionale* consideró adecuada al canon de racionalidad la disparidad de tratamiento entre indemnización expropiatoria y resarcimiento por la «ocupación adquisitiva», poniendo de manifiesto la diversidad ontológica, y por tanto falta de asimilación, entre los dos supuestos²⁷. En este sentido, la Corte resaltó que los supuestos son completamente distintos e incomparables. Así, en un caso existe un procedimiento expropiatorio *secundum legem* (o, lo que es lo mismo, que respeta los presupuestos formales y sustanciales que representan otras tantas garantías para el propietario expropiado); en el segundo caso, la expropiación se realiza fuera de los cánones de legalidad y, por tanto, bien puede operar el principio distinto según el cual quien sufre un daño por una actividad ilícita tiene derecho a un resarcimiento integral. Por otro lado —continúa el Tribunal Constitucional—, estaría justificado que el ente expropiante que no recurra a un procedimiento de expropiación legítimo para adquirir el inmueble edificable sufra consecuencias más gravosas que las previstas cuando respete los presupuestos formales y sustanciales establecidos por la ley.

Sin embargo, la posterior Ley 549/1995, modificando el artículo 5 bis, equiparó el resarcimiento por la ocupación ilegítima a la indemnización expropiatoria, con el intento evidente de reducir drásticamente el importe de la indemnización debida a los propietarios de los inmuebles ilícitamente expropiados. Por los mismos motivos por los que había anteriormente considerado razonable la disparidad entre los dos sistemas de determinación de la indemnización, la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 2 de noviembre de 1996, núm. 369, sanciona la irrazonabilidad de su equiparación, declarando inconstitucional la norma que modifica el artículo 5 bis. En la misma decisión, sin embargo, la Corte subrayó la admisibilidad de una reducción de la cuantía de la indemnización por «ocupación adquisitiva» de forma discrecional por el legislador, ya que no existiría ningún principio de orden constitucional que imponga la reparación del daño integral en los supuestos de expropiaciones ilegales. En todo caso, precisamente para no incurrir en la inconstitucionalidad, la cuantía de la indemnización por adquisición ilegítima del bien debería ser superior a la indemnización que deriva del correcto procedimiento expropiatorio²⁸.

Siguiendo, precisamente, las indicaciones dadas por esta sentencia, el legislador italiano, con la introducción del párrafo 7 bis al artículo 5 bis de la Ley 549/1995 (*ex art. 3*, párr. 65, Ley 662/1996), estableció que para la cuantificación del daño en supuestos de expropiaciones ilegales se aplicarían los criterios de la determinación de la indemnización expropiatoria, con exclusión, sin embargo, de la reducción del 40% —que hemos visto se

²⁷ STC de 16 diciembre 1993, núm. 442. Dicha sentencia resuelve dos cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas contra el artículo 5 bis Ley 359/1992 bis. Entre otros aspectos, se argumenta que al ser distinta la indemnización expropiatoria respecto a la indemnización por «ocupación adquisitiva» se produce una vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 3 CI.

²⁸ Vid. una crítica a esta sentencia en CARBONE, «Occupazione acquisitiva: la Consulta boccia l'equiparazione indennità e/o risarcimento», *Il Corriere Giuridico*, 12, 1996, pág. 1350.

produce en los supuestos de cesión voluntaria— y aumento, a su vez, de un 10%. Aun habiendo suscitado dudas de constitucionalidad, en particular por la supuesta irrisoriedad del aumento del 10% que, de hecho, habría equiparado el resarcimiento por expropiaciones ilegales a la indemnización expropiatoria, la *Corte Costituzionale* ha confirmado la constitucionalidad de tal disposición²⁹.

Pues bien, ante esta evolución, una nueva línea jurisprudencial trata de modular los efectos de la nueva regulación legal relativa a la determinación de la indemnización por ocupación sin título en los supuestos en los que la falta de procedimiento ha sido más grosera, es decir, aquellos en los que falta una declaración de utilidad pública válida y eficaz. Así nace una especie del género de la ocupación sin título, la *occupazione usurpativa* («ocupación usurpativa»), supuesto individualizado por la jurisprudencia civil a partir de la sentencia de las *Sezioni Unite* del Tribunal de Casación de 4 de marzo de 1997, núm. 1907.

Según esta nueva orientación jurisprudencial, se produce un supuesto de «ocupación usurpativa» y no meramente «adquisitiva» en los casos en los que en el procedimiento ablatorio ilegítimo falte, en modo originario o sobrevenido, la declaración de la utilidad pública de la obra. Esto se produciría no sólo cuando tal declaración hubiese estado ausente *ab origine*, sino también cuando hubiere sido anulada o cuando, aun existiendo la declaración de utilidad pública, a ésta le faltase uno de sus aspectos esenciales, la fijación de los plazos (art. 13 Ley 2359/1865)³⁰. En estos casos la tutela del particular es más amplia, no sólo desde el punto de vista del resarcimiento del daño, sino también desde la perspectiva del plazo de prescripción de la acción tendente a dicho resarcimiento.

El razonamiento elaborado por dicha jurisprudencia se basa en que la realización de la obra pública no puede producir la adquisición de la propiedad por parte de la Administración pública en los casos en los que falta la declaración de utilidad pública. En tales supuestos, por tanto, el particular puede solicitar la tutela de su derecho de posesión, porque sigue siendo el titular del inmueble. Sin embargo, si el particular prefiere obtener una tutela meramente indemnizatoria, la *Corte di Cassazione* subraya que se produce la transmisión de la propiedad del bien a la Administración pública, pero no por la mera comisión del hecho ilícito, sino porque la demanda implicaría la renuncia del privado a la propiedad. Por tanto, la realización de la obra sólo tendría valor de hecho ilícito, generador del daño; el posterior y distinto efecto de la adquisición del bien por parte de la Administración pública se subordinaría a la renuncia implícita del privado.

²⁹ SSTC 30 abril 1999, núm. 148, y 4 febrero 2000, núm. 24. Así, la Corte se ha remitido en gran medida a las consideraciones desarrolladas en la sentencia precedente 369/1996, a partir de la afirmación de la inexistencia de un alcance constitucional del principio de reparación integral del daño. De ahí se deriva la constitucionalidad del párrafo 7 bis, ya que supondría una intervención razonablemente reductora de la cuantía del resarcimiento, realizando una ponderación equilibrada de los intereses en conflicto a través de la previsión de un incremento del 10% de la cuantía establecida como indemnización expropiatoria.

³⁰ Vid. *supra*.

Desde el punto de vista indemnizatorio, la ausencia de una declaración de utilidad pública válida y eficaz comporta que en la ocupación usurpativa no sea posible reconocer aquella vinculación entre el comportamiento ilícito de la Administración y la satisfacción del interés público que sólo la declaración de utilidad pública puede asegurar, con la consecuencia de que en este supuesto no se aplica —porque está privado de una justificación racional— la reducción de la cuantía del resarcimiento prevista en el párrafo 7 bis del artículo 5 bis de la Ley núm. 359/1992, empleándose, en cambio, el principio del resarcimiento integral del daño.

Desde la perspectiva de la acción de resarcimiento del daño, esta acción resulta de hecho imprescriptible, porque se entiende que en estos casos el ilícito es permanente, de modo que sólo cesa cuando se interpone la acción indemnizatoria, que, como hemos dicho, implica una renuncia implícita al derecho de propiedad.

3. *La desaprobación de la «ocupación adquisitiva» por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Todo el desarrollo de la jurisprudencia italiana en torno a la expropiación *sine titulo*, y su posterior aval por el legislador y por el Tribunal Constitucional italiano, resultan abatidos por dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, el TEDH, en dos sentencias de 30 de mayo de 2000, casos *Belvedere Alberghiera S.r.l. v. Italia* y *Carbonara y Ventura v. Italia*, ha declarado que el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH ha sido violado en sendos supuestos de «ocupación adquisitiva»³¹.

No es la primera vez que el TEDH aborda un supuesto de «ocupación adquisitiva» —ni, como veremos, la última—. No obstante, en la STEDH de 7 agosto 1996, *Zubani c. Italia*, las críticas del Tribunal de Estrasburgo no se dirigen a la adquisición *sine titulo*, sino a la superación del plazo razonable dentro del cual la pretensión indemnizatoria debería haber encontrado satisfacción adecuada³². Por el contrario, en las sentencias de 30 de mayo de 2000, el TEDH considera que la aplicación de la figura de la «ocupación adquisitiva» ha producido una vulneración del principio de legalidad.

Para llegar a tal conclusión, el Tribunal recuerda que el artículo 1 del Protocolo 1 exige, en primer lugar y sobre todo, que la injerencia de la autoridad en el ejercicio del derecho de los bienes sea legal. Una vez realiza-

³¹ Recordemos que, según el artículo 1 del citado Protocolo, «toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional (...)».

³² En dicha sentencia, el TEDH había afirmado, con referencia específica al instituto de la «ocupación adquisitiva», que «no vulnera los principios de tutela de la propiedad la ley nacional que garantice el interés de la colectividad en el caso de expropiación o de ocupación ilegítima, excluyendo la restitución del inmueble, siempre que esté previsto a favor del propietario el resarcimiento integral del perjuicio sufrido, que comprende la revaloración monetaria desde el momento de la resolución ilegítima».

da esta afirmación, el desarrollo de la argumentación del Tribunal es simple. Producida una sustracción de la propiedad, es preciso valorar, por un lado, que la injerencia esté legitimada en el interés público y, por otro, que se encuentre sometida a las condiciones previstas en la ley. Finalmente, si ello fuera así, hubiera sido necesario comprobar que se ha realizado un equilibrio justo entre la tutela del interés general de la comunidad y la protección de los derechos fundamentales. Este último paso del razonamiento no se realiza, habida cuenta que se reputa que la privación de la propiedad no ha respetado el principio de legalidad.

En sus sentencias, comprobada sin dificultades la existencia de una injerencia en el derecho de propiedad y, por tanto, valorando si se ha vulnerado el principio de legalidad, el TEDH no considera útil decidir de forma abstracta si un principio jurisprudencial es asimilable a una disposición legislativa en un sistema continental³³, sino que pone de manifiesto que el principio de legalidad implica la existencia de normas internas suficientemente accesibles, precisas y previsibles³⁴. Y, en este sentido, observa que «la jurisprudencia sobre la ocupación adquisitiva se ha desarrollado de tal modo que conduce a aplicaciones contradictorias, lo que podría determinar supuestos no claros y arbitrarios y privar a los recurrentes de la protección efectiva de sus propios derechos, con consecuencias contrarias al principio de legalidad».

Por otro lado, en ambas sentencias, el Tribunal «muestra reservas sobre la compatibilidad con el requisito de legalidad de un mecanismo que generalmente permite a la autoridad obtener beneficio de una situación ilegal en la cual el propietario del bien se encuentra ante los hechos consumados».

Sentadas estas premisas, en los casos en examen, el Tribunal constata la violación del artículo 1 del Protocolo 1³⁵. Y cabe destacar que, en el asunto

³³ En realidad, la jurisprudencia del Tribunal entiende el concepto de ley en un sentido amplio referido a cualquier acto legislativo o reglamentario aprobado conforme a Derecho. De esta suerte, la ley se identifica con el Derecho interno. La generosa caracterización conceptual sitúa el control de legalidad sobre los requisitos que debe reunir en general todo acto normativo para someterse a la legalidad del Convenio. Se exige, en este sentido, que se produzca en un marco de legalidad real. Vid. M. JIMÉNEZ HORWITZ, «La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma», *Derecho Privado y Constitución*, 15, 2000, pág. 255.

³⁴ SSTEEDH de 22 septiembre 1994, *Heinrich*, y de 8 julio 1986, *Lithgow*. Como pone de manifiesto M. JIMÉNEZ HORWITZ («La protección del derecho...», *op. cit.*, pág. 255), en este punto se ha venido deteniendo el control de legalidad. En doctrina reiterada, el Tribunal se ha desentendido del problema de la interpretación y aplicación de la ley. No se alcanza a verificar si la actuación de la Administración se ajusta realmente a la ley, ni tampoco se trata a decidir sobre la «constitucionalidad» de la ley.

³⁵ Entre sendos supuestos existían, no obstante, importantes diferencias. El supuesto *Belvedere Alberghiera S.r.l. v. Italia* era un caso típico de «ocupación usurpativa», si bien producido antes de que la jurisprudencia hubiera creado esta figura. En concreto, aun después de producida la anulación mediante una sentencia del proyecto (que supone la declaración de utilidad pública y de urgencia), el expropiante tomó posesión del bien y realizó la obra pública.

En cambio, en el supuesto *Carbonara y Ventura v. Italia*, la ocupación deviene ilegítima porque, emanado el decreto de ocupación de urgencia, se ocupa el terreno en cuestión y se realiza la obra pública, sin que en ningún momento se llegue a concluir el procedimiento de expropiación y se hubiera pagado la indemnización expropiatoria. No obstante, cuando

Carbonara, el TEDH (ap. 70) pone de manifiesto que la aplicación del plazo de cinco años de prescripción desde la realización de la obra por parte de la Corte de Casación ha reducido a la nada la protección que en principio se ofrece a los litigantes, la indemnización de los daños y perjuicios.

Por lo demás, el TEDH invita al Gobierno italiano a la restitución de los bienes ilegítimamente adquiridos, y sólo en el caso de que la restitución del bien no se pudiese producir considera admisible el resarcimiento del daño equivalente comprensivo del daño material y moral. El Tribunal de Estrasburgo, no obstante, reenvía la cuestión del resarcimiento del daño a posteriores sentencias. Así, posteriormente dicta la sentencia de 30 de octubre de 2003, en relación con el caso *Belvedere*, y la de 11 de diciembre de 2003, en relación con el caso *Carbonara*. En ambas se realiza el mismo razonamiento para la cuantificación del daño.

El punto de partida de las sentencias es la comprobación de que la tutela restitutoria, es decir, aquella que debería ser considerada principal para la eliminación de las consecuencias derivadas de la violación de un derecho fundamental, no es, al menos según el ordenamiento jurídico interno, susceptible de aplicación. Siendo ello así y, por tanto, en defecto de la restitución del inmueble, la indemnización deberá, como se decidió en el caso *Papamichalopoulos*³⁶, eliminar totalmente las consecuencias de la injerencia en el derecho de propiedad. En base a la ilegalidad intrínseca de la desposesión, la indemnización debe necesariamente reflejar el valor integral de los bienes³⁷. En este sentido, el Tribunal condena al Estado italiano a satisfacer el daño moral, a la restitución del valor actual del bien (y no aquel que tenía en el momento de la ocupación ilegal) y a una indemnización por la falta de disfrute de los bienes³⁸.

el particular advierte esta situación y solicita la indemnización de daños y perjuicios por la ocupación *sine titulo*, no recibe indemnización alguna porque la acción de resarcimiento se interpone transcurrido el plazo de prescripción de cinco años desde la irreversible transformación del bien.

³⁶ STEDH de 31 de octubre de 1995. Dicha sentencia declara que las consecuencias de una expropiación ilícita van más allá de la regla de proporción, pues en estos casos no se trata de alcanzar un justo equilibrio entre el interés privado y el interés general mediante la compensación económica, sino de la restitución del propio bien (*restitutio in integrum*). Para el caso de que la restitución no fuese posible, la indemnización trasciende también la regla de proporción hasta integrar todos los daños patrimoniales ocasionados: el propio valor del bien y otros perjuicios derivados.

³⁷ En este sentido, cabe destacar la importancia de este aspecto, dado que el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que la expropiación por finalidades legítimas de utilidad pública puede justificar una indemnización inferior al valor de mercado. STEDH de 25 marzo 1999, *Papáchelas*.

³⁸ En este sentido, afirma R. CONTI («Corte dei Diritti dell'Uomo e occupazione illegittima atto secondo: il resarcimento del danno in forma specifica», *Corriere Giuridico*, 6, 2004, pág. 734), en relación con la sentencia *Belvedere*, que se ha tratado de una condena ejemplar también desde el punto de vista de la cuantía reconocida, que parece ir más allá del caso específico. Del mismo modo, G. SCIULLO («La Corte europea dei diritti dell'uomo "sanziona" l'occupazione appropriativa», *Urbanistica e Appalti*, 3, 2004, pág. 286) también entiende que el Tribunal ha impuesto una indemnización «ejemplar y punitiva». Finalmente, cabe destacar que, en su voto particular a la sentencia *Belvedere*, el juez Lorenzen afirma que los principios usados en este caso para el cálculo del daño pecuniario no deberían constituir un precedente para futuros casos análogos.

Finalmente, cabe poner de manifiesto que la Corte de Casación ha omitido la aplicación de los principios enunciados por el Tribunal Europeo, permaneciendo firme en sus posiciones. En este sentido, en sus sentencias de 14 abril 2003, núm. 5902; 6 mayo 2003, núm. 6853, y 11 junio 2004, núm. 11096, ha subrayado que la situación de confusión e incertidumbre sobre la «ocupación adquisitiva», lamentada por el TEDH, se producía en el momento en el que se produjeron los supuestos objeto de las sentencias del Tribunal, pero habría dejado ya de producirse.

IV. EL DPR DE 8 DE JUNIO DE 2001: ¿EL FIN DE LA «OCUPACIÓN ADQUISITIVA» O LA LEGALIZACIÓN DE LO ILEGAL?

1. Generalidades

La evolución que acabamos de relatar ha tenido como consecuencia directa que el legislador italiano haya dedicado uno de los preceptos del nuevo texto único en materia de expropiación forzosa a disciplinar las consecuencias de las ablaciones *sine titulo*.

En efecto, el sistema creado por el nuevo TU para los supuestos en los que no se respeta el procedimiento expropiatorio tiene expresamente su origen en la necesidad de adecuar la tutela del derecho de propiedad a la jurisprudencia del TEDH. El propio Consejo de Estado italiano, en el Dictamen que acompaña el proyecto de TU, del que fue autor³⁹, afirma que la introducción de esta disciplina legislativa tiene como finalidad adecuar el ordenamiento italiano a «los principios constitucionales y los generales del Derecho internacional sobre la tutela de la propiedad». Ello se produciría, en concreto, a través de «la eliminación del sistema de las figuras, nacidas en la praxis jurisprudencial, de la “ocupación apropiativa” y de la “ocupación usurpativa” y, por tanto, mediante la introducción de un instituto que permita a la Administración pública adquirir, mediante un título jurídico, la obra pública realizada en ausencia de un decreto de expropiación válido». El ambicioso objetivo de contener el fenómeno de la adquisición *sine titulo* se trata de alcanzar con dos medidas: en primer lugar, regulando de manera expresa los supuestos de utilización ilegal de bienes para fines de utilidad pública y, en segundo lugar, incidiendo en una de las causas más comunes de «ocupación adquisitiva», la generalización de la ocupación de urgencia. No obstante, esta segunda línea de actuación se ha visto frustrada, como analizamos a continuación.

³⁹ Consejo de Estado, Ad. Gen., Dictamen de 29 marzo 2001, núm. 4. El TU en materia de expropiación forzosa representa un supuesto de texto único *ex* artículo 7 de la Ley núm. 50/1999, supuesto en el que la intervención del Consejo de Estado no se limita al nivel consultivo, ya que el Gobierno confía a dicho órgano la propia redacción del proyecto, habida cuenta de la «complejidad técnica de la materia».

2. *La eliminación (y posterior reintroducción) del procedimiento de urgencia*

En su formulación originaria, el TU eliminaba la ocupación de urgencia y, coherentemente, se proponía limitar al máximo los fenómenos de expropiaciones *sine titulo*⁴⁰, ya que, como hemos señalado páginas atrás, la generalización de la expropiación urgente es la causa más relevante de la difusión de las expropiaciones ilegales en el ordenamiento italiano.

En este contexto, el legislador diseñó, mediante el artículo 43 TU, un supuesto residual de ocupación *sine titulo*, regulando las consecuencias de la utilización de un bien para finalidades de interés público en ausencia de un procedimiento de expropiación válido. Por ello, resulta evidente que la reintroducción de la ocupación de urgencia por obra del Decreto legislativo núm. 302/2002 (art. 22 bis del TU) tiende a multiplicar los supuestos en los que se deberá aplicar el artículo 43, ignorando, casi integralmente, la *ratio* originaria de la disposición⁴¹. Y es que, en efecto, como expondremos inmediatamente, el campo de aplicación de la expropiación de urgencia es ciertamente vasto.

Como sucedía en la legislación anterior, la «ocupación de urgencia» se entiende como el poder de la Administración de adquirir la disponibilidad material del bien de forma anticipada respecto a la conclusión del procedimiento expropiatorio y de la relativa adopción del decreto de expropiación, a través de un procedimiento rápido y simplificado, caracterizado por la atenuación de las garantías formales propias del procedimiento ordinario⁴².

⁴⁰ Así, en el citado Dictamen del Consejo de Estado se puede leer que «la Ley de 1865 se basaba en una regla (conocida en la mayor parte de los demás ordenamientos europeos) según la cual la Administración primero adquiere la propiedad del inmueble y después realiza la obra. En el articulado se ha reforzado esta regla, lo que permite eliminar de un golpe cualquier supuesto de “occupazione appropriativa” (o “occupazione acquisitiva”) producida, según el Tribunal de Casación (salvo las oscilaciones jurisprudenciales) cuando la Administración, mediante una patología de la acción administrativa, ha realizado una obra sobre un bien ajeno».

⁴¹ No obstante, advierte A. PERINI («L'utilizzazione sine titulo», en *Il testo unico in materia di espropriazione*, a cura de G. SCIULLO, G. Giappichelli Editore, Turín, 2004, pág. 513) que, en realidad, antes de la introducción del artículo 22 bis, la urgencia habría podido jugar un papel determinante como motivo de la intervención *sine titulo*, ya que ésta podría haber servido de motivación del acto de adquisición del artículo 43 TU. En este sentido, según la citada autora, la abolición de la ocupación de urgencia se habría realizado más sobre un plano formal que sustancial. En un sentido similar, A. SATURNO, «Comentario al art. 43», en A. SATURNO/P. STANZIONE, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Giuffrè, 2002, pág. 410.

⁴² C. TUBERTINI, «L'occupazione di urgencia preordinata all'espropriazione», en *Il testo unico in materia di espropriazione*, a cura de G. SCIULLO, G. Giappichelli Editore, Turín, 2004, pág. 193.

En efecto, desde el punto de vista procedimental, la finalidad del artículo 22 bis es la de exonerar a la Administración de las obligaciones reguladas en el artículo 20, párrafos 1 y 2, consistentes: a) en la elaboración de la lista de los bienes a expropiar, que contenga su descripción sumaria y su valoración, y los correspondientes propietarios; b) notificación del acto a cada propietario; c) valoración de las observaciones escritas y de los documentos eventualmente presentados por los interesados en los treinta días siguientes; d) valoración

Desde el punto de vista de su ámbito de aplicación, la ocupación de urgencia se puede utilizar en tres supuestos: *a)* obras urgentes, o, lo que es lo mismo, cuando el inicio de los trabajos revista el carácter de especial urgencia; *b)* obras estratégicas, es decir, aquellas que se realicen de acuerdo con la Ley de 21 de diciembre de 2001, núm. 443 —la citada Ley remite a un plan anual la determinación de la lista de obras a las que se les aplica la Ley—; *c)* procedimientos expropiatorios cuyo número de destinatarios sea superior a cincuenta. Por tanto, cualquier obra, de hecho, aunque no revista especial urgencia ni sea estratégica, puede realizarse mediante ocupación anticipada si los propietarios afectados son más de cincuenta.

En definitiva, como afirma TUBERTINI⁴³, la introducción de este último supuesto termina por transformar la ocupación de urgencia de excepción a fase típica del procedimiento expropiatorio, ausente solamente en la realización de obras de importancia realmente menor.

En cuanto a la duración del decreto de ocupación urgente, el legislador ha establecido que dicho decreto pierde eficacia si el decreto de expropiación no ha sido emanado en el plazo de cinco años. Por lo demás, el artículo 22 bis se preocupa de garantizar la inmediata ejecución del decreto de ocupación urgente, que debe tener lugar en el plazo perentorio de tres meses desde la fecha de su emanación.

3. *La utilización de un bien sine titulo para fines de utilidad pública*

El artículo 43 TU integra el único artículo del capítulo VII, rubricado «Consecuencias de la utilización de un bien para fines de interés público, en ausencia de una resolución ablatoria válida». Dicho artículo, como venimos señalando, regula la «utilización sin título de un bien para fines de interés público»⁴⁴.

de las observaciones sobre el valor que se atribuye al inmueble, eventualmente presentadas por los propietarios y/o beneficiarios de la expropiación, dentro de un plazo de veinte días.

Así, en el procedimiento de urgencia, el único momento contradictorio con el propietario es el previsto en el párrafo 1, que permite a éste, en el caso de que considere insuficiente la indemnización ofrecida, presentar observaciones escritas y documentos en los treinta días siguientes a la notificación del decreto de expropiación.

⁴³ C. TUBERTINI, «L'occupazione...», *op. cit.*, pág. 211.

⁴⁴ El citado artículo tiene el siguiente tenor:

«Utilización sin título de un bien para fines de interés público.

1. Valorados los intereses en conflicto, la autoridad que está utilizando un bien inmueble para fines de interés pública, modificado en ausencia de acto de expropiación o de declaración de utilidad pública válido o eficaz, puede disponer que sea incorporado a su patrimonio indisponible y que sean resarcidos los daños al propietario.

2. El acto de adquisición: *a)* puede ser emanado incluso cuando haya sido anulado el acto del que impone el vínculo expropiatorio, la declaración de utilidad pública o el acto de expropiación; *b)* da cuenta de las circunstancias que han llevado a la indebida utilización del inmueble, indicando, cuando proceda, la fecha desde la cual ésta se ha producido; *c)* determina la medida del resarcimiento del daño y dispone su pago,

La disposición contiene dos previsiones distintas: así, en primer lugar, se prevé que la Administración, de oficio, emane un acto que le permite adquirir la propiedad de un bien pese a no haber observado las formalidades del procedimiento expropiatorio; en segundo lugar, se permite al juez disponer, en los supuestos de expropiaciones ilegales y previa solicitud de la Administración o del beneficiario, la condena al resarcimiento del daño, con exclusión de la restitución del bien.

a) *Adquisición derivada de acto administrativo.*

El artículo 43.1 TU dispone que, valorados los intereses en conflicto, la autoridad que está utilizando un bien inmueble para fines de interés público, modificado en ausencia de un decreto de expropiación o de una declaración de utilidad pública válido o eficaz, puede ordenar que sea incorporado a su patrimonio indisponible⁴⁵ y que sean indemnizados los daños causados al propietario.

dentro del plazo de treinta días, sin perjuicio de la eventual acción ejercitada; *d*) será notificado al propietario en las formas de los actos procesales civiles; *e*) comporta la transmisión del derecho de propiedad; *f*) será inscrito en los registros inmobiliarios; *g*) será transmitido al órgano creado en virtud del art. 14, ap. 2.

3. Siempre que se impugne uno de los actos indicados en los apartados 1 y 2 o sea ejercitada una acción dirigida a la restitución de un bien utilizado para fines de interés público, la Administración interesada y que lo está utilizando puede solicitar que el juez administrativo, en el caso de que el recurso o la demanda esté fundada, disponga la condena al resarcimiento del daño, con exclusión de la restitución del bien sin límite de tiempo.

4. Siempre que el juez administrativo excluya la restitución del bien sin límite de tiempo y disponga la condena al resarcimiento del daño, la autoridad que ha dispuesto la ocupación del bien emanará el acto de adquisición, dando cuenta de que se ha producido el resarcimiento del daño. El decreto será inscrito en los registros inmobiliarios a cargo y por cuenta de la misma autoridad.

5. Las disposiciones de los apartados precedentes se aplican, en tanto sean compatibles, incluso cuando un terreno sea utilizado para la construcción de viviendas sociales, además de cuando sea impuesta una servidumbre de derecho privado o de derecho público y el bien continúe siendo utilizado por el propietario o por el titular de otro derecho real.

6. Excepto cuando la Ley lo disponga de otro modo, en los casos previstos en los apartados precedentes el resarcimiento del daño se determina: *a*) en la medida correspondiente al valor del bien utilizado para fines de utilidad pública y, si la ocupación afecta a un terreno edificable, sobre las base de las disposiciones del art. 37, apartados 3, 4, 5, 6 y 7; *b*) con el cómputo de los intereses de demora, a partir del día en el cual el terreno sea ocupado sin título».

⁴⁵ En Derecho italiano existen tres tipos de bienes públicos: los bienes demaniales, que son, por su naturaleza, inalienables (art. 823 CCI); los bienes patrimoniales indisponibles, y los bienes patrimoniales disponibles. A esta última categoría pertenecen los bienes que están sujetos a las normas de Derecho privado. Por su parte, los bienes que forman parte del patrimonio indisponible «no pueden ser sustraídos de su destino, si no es a través de los medios que establecen las leyes que los regulan» (art. 828 CCI). Su régimen jurídico es sólo

Por tanto, como se puede comprobar, este precepto prevé que la Administración, mediante la emanación de una resolución, que se denomina en el TU «acto de adquisición», pueda subsanar las irregularidades —aun aquellas más groseras, como la ausencia de declaración pública— del procedimiento de expropiación y adquirir la propiedad del inmueble. De este modo, la norma regula un modo de adquisición de la propiedad alternativo a la expropiación, que conduce a los mismos efectos ablatorios, pero, como afirma SATURNO⁴⁶, basado sólo en el interés público y no también en un procedimiento. Antes de valorar los problemas de constitucionalidad que plantea el precepto y su compatibilidad con el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH, resulta imprescindible hacer una serie de consideraciones acerca de su contenido.

En primer lugar, y por lo que se refiere al ámbito de aplicación de la norma, ésta alude a la ausencia de un decreto de expropiación o de una declaración de utilidad pública válida y eficaz, además de los supuestos de anulación del acto que impone el vínculo expropiatorio⁴⁷, de la declaración de utilidad pública o decreto de expropiación (43.2 TU). En este sentido, parte de la doctrina italiana entiende⁴⁸ que la opción de distinguir, por un lado, el caso de la ausencia de un decreto de expropiación o declaración de utilidad pública válida y eficaz y, por otro, de la anulación de estos actos o del acto que impone el vínculo expropiatorio (normalmente el plan general de ordenación urbana), orienta al intérprete en el sentido de que un acto que imponga tal vínculo, aunque inválido, no puede faltar.

Por otro lado, otro aspecto controvertido es el propio presupuesto del «acto de adquisición», que no es otro que la utilización o modificación de un bien *para fines de interés público*. Esta expresión confirma el amplio ámbito de aplicación del instituto, ya que, como se ha dicho, siempre que la Administración no se aleje de sus fines institucionales está presente un fin de interés público⁴⁹. En este sentido, se ha puesto de manifiesto⁵⁰ que el eje del sistema de adquisición de la propiedad privada por parte de la Administración pública no es ya, como en el pasado, la utilidad pública de-

parcialmente derogatorio del Derecho privado. Vid. M. ASRÍ, «I beni pubblici», en S. CASESE (Dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, tomo II, Giuffrè, Milán, 2000.

⁴⁶ A. SATURNO, «Comentario al art. 43...», *op. cit.*, pág. 429.

⁴⁷ La imposición del vínculo expropiatorio constituye la primera fase del procedimiento de expropiación italiano, precediendo incluso a la declaración de utilidad pública. Tal y como establece el artículo 9 TU, un bien se encuentra sometido a un vínculo expropiatorio cuando adquiere eficacia la aprobación del plan general de ordenación urbana, o bien una de sus modificaciones que prevea la realización de una obra pública o de pública sobre el mismo. El vínculo expropiatorio tiene una duración de cinco años. Dentro de dicho plazo puede emanarse la declaración de utilidad pública de la obra.

⁴⁸ A. PERINI, «La utilizzazione di un...», *op. cit.*, pág. 516; G. DE MARZO, «Determinazione delle indennità e tutela giurisdizionale. Dall'occupazione appropriativa alla riforma del testo unico», *Riv. Amm. Rep. It.*, CLV, 2004, pág. 177.

Considera, en cambio, que la adquisición es posible también cuando el vínculo destinado a la expropiación falte, L. MARUOTTI, «Comentario», en *L'espropriazione per pubblica utilità*, CARINGELLA *et. al.*, Milán, 2002, pág. 549.

⁴⁹ F. CARINGELLA, «L'espropriazione di valore...», *op. cit.*, pág. 133.

⁵⁰ A. SATURNO, «Comentario al art. 43...», *op. cit.*, pág. 427.

clarada, sino la utilidad pública simplemente, en el sentido de que sólo la ausencia, radical y objetiva, de una razón de utilidad pública, no la falta o invalidez del acto que la declara, puede conducir a la restitución del bien al privado.

Por lo demás, el artículo 43.1 TU hace referencia a la utilización de un bien inmueble *modificado* en ausencia de título habilitante válido y eficaz. En este sentido, se ha destacado que la noción de «modificación», literalmente, es distinta y más amplia que la de «transformación irreversible del suelo», que es la que hasta el momento ha venido utilizando la jurisprudencia. Sin embargo, para algunos autores⁵¹, en la ponderación entre el interés público a la conservación del bien y el interés privado a la restitución debe jugar un papel relevante la entidad de la modificación realizada y, por tanto, la pérdida de recursos que se generaría si se reintegra el bien.

Un aspecto que merece asimismo ser destacado es que el precepto comienza aludiendo a la «valoración de los intereses en conflicto». Con ello, el legislador italiano pretende superar una de las críticas que el TEDH había realizado al mecanismo de la «ocupación adquisitiva», de tal manera que la adquisición de la propiedad ya no tendría como fundamento un «hecho consumado» —como había criticado el Tribunal de Estrasburgo—, sino una ponderación entre el interés público al mantenimiento de la obra y el privado a la restitución del bien⁵².

En relación con el contenido del «acto de adquisición», el artículo 43.2 TU dispone que debe expresar las circunstancias que han conducido a la indebida utilización del inmueble, indicando, cuando proceda, la fecha en la cual se ha producido la utilización —lo que es relevante para el cálculo de los intereses de demora—, y debe contener, asimismo, la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios producidos. Como es fácil advertir, esta previsión de que la determinación de la indemnización se produzca de oficio responde a las críticas que igualmente el TEDH, en el caso *Carbonara*, había realizado a la circunstancia de que la indemnización de los daños causados al propietario no se abonase automáticamente por la Administración, sino que debía ser solicitada por el interesado dentro de un plazo de cinco años.

Por lo demás, el importe de la indemnización fijada en el «acto de adquisición» debe ser satisfecho en el plazo de treinta días, bajo sanción, en caso de falta de observancia de este plazo, del pago de intereses legales.

El «acto de adquisición», finalmente, comporta la transmisión del derecho de propiedad (art. 43.2 TU).

⁵¹ G. DE MARZO, «Determinazione delle indennità...», *op. cit.*, pág. 177. En el mismo sentido, F. CARINGELLA, «L'espropriazione di valore...», *op. cit.*, pág. 132.

⁵² En ese sentido, F. CARINGELLA, «Brevi considerazioni sul Testo unico in materia espropriativa», *Urbanistica e Appalti*, 11, 2001, pág. 1170.

b) *Adquisición derivada de la decisión judicial.*

El artículo 43.3 TU dispone que siempre que se haya impugnado uno de los actos indicados en los apartados 1 y 2 del artículo 43 (es decir, el acto que impone el vínculo expropiatorio, la declaración de utilidad pública, el decreto de expropiación o el «acto de adquisición») o sea ejercitada una acción dirigida a la restitución de un bien utilizado por interés público, la Administración interesada o que se encuentre utilizando el bien puede solicitar que el juez administrativo, en el caso de que el recurso o la demanda estén fundados, disponga la condena al resarcimiento del daño con exclusión de la restitución del bien sin límite de tiempo.

En lo referente a este precepto, la doctrina italiana ha destacado que esta disposición presupone un poder discrecional del juez, en ninguna medida vinculado a la solicitud de la Administración afectada. Así, en ausencia de una valoración comparativa de los intereses por parte de la Administración pública que ha dispuesto la ocupación, puede considerarse que el poder del juez debería ser ejercitado comparando los costes de las soluciones alternativas, realizando una ponderación entre el interés a la restitución del bien y el interés a la conservación⁵³. En este sentido, también se ha puesto de manifiesto que ni siquiera de forma general se han enunciado estos criterios valorativos, por lo que sería muy elevado el grado de impredecibilidad de las decisiones, lo que, en definitiva, podría vulnerar el principio de legalidad ante la eventual imprevisibilidad de los resultados⁵⁴.

Por lo demás, si en base al artículo 43.4 TU el juez admite la solicitud, excluyendo la restitución y condenando al resarcimiento del daño, la Administración que ha dispuesto la ocupación debe emanar el «acto de adquisición», dejando constancia de que previamente se ha producido el resarcimiento del daño —que es, por tanto, un presupuesto de la adquisición—.

En relación con el contenido de este «acto de adquisición» es preciso remitirse a lo establecido en el artículo 43.2 TU, *mutatis mutandi*.

c) *Aspectos comunes: la determinación del daño y la imprescriptibilidad de la acción de resarcimiento.*

El 43.6 TU prevé que, salvo en los casos en los que la ley lo disponga de otro modo, en los supuestos de utilización de un bien *sine titulo* para fines de utilidad pública la indemnización que ha de satisfacerse equivale al valor del bien, más la suma correspondiente a los intereses moratorios a partir del día en el que el terreno sea ocupado sin título. Por efecto de las sentencias *Carbonara* y *Belvedere*, el legislador italiano vuelve a la solución

⁵³ G. DE MARZO, «Determinazione delle indennità...», *op. cit.*, pág. 181. En el mismo sentido, F. CARINGELLA, «L'espropriazione di valore...», *op. cit.*, pág. 139.

⁵⁴ G. DE MARZO, «Determinazione delle indennità...», *op. cit.*, pág. 181. En el mismo sentido, F. CARINGELLA, «L'espropriazione di valore...», *op. cit.*, pág. 139.

que originariamente ensayó la jurisprudencia: la satisfacción en estos casos del valor venal.

En cualquier caso, el artículo 55 TU, en la redacción dada por el Decreto legislativo 302/2002, dispone que en las ocupaciones sin título producidas antes del 30 de septiembre de 1996 se aplican, a los fines de la determinación de la indemnización, los criterios previstos en el artículo 37, párrafo 1, con exclusión de la reducción del 40% y con el incremento del importe en la medida del 10%. Por tanto, dicha medida reproduce el sistema indemnizatorio previsto en el párrafo 7 bis del artículo 5 bis de la Ley núm. 349/1992. En este sentido, aunque, como vimos, la *Corte Costituzionale* ha afirmado la legitimidad constitucional de estos criterios, los mismos conculcan la doctrina jurisprudencial del TEDH, reiterada en dos sentencias de 2005 que analizaremos a continuación.

Por lo demás, el artículo 43 TU pretende superar también las críticas realizadas por el Tribunal de Estrasburgo en relación con la prescripción quinquenal del derecho al resarcimiento. Como la norma presupone que el privado es propietario del bien hasta el momento en el que se produce la emanación del «acto de adquisición», la ausencia de restitución del bien integra un ilícito permanente, de modo que la acción indemnizatoria no se somete a plazo de prescripción alguno.

4. *La dudosa compatibilidad del artículo 43 TU con la Constitución italiana y con el Protocolo Adicional 1 CEDH. Las dos nuevas decisiones del TEDH en relación con la «ocupación adquisitiva»*

Antes de entrar en el análisis de la compatibilidad del artículo 43 TU con el respeto al derecho de propiedad, reflexión que resulta obligada, es preciso dejar constancia de que, en cierta medida, todo este debate puede resultar estéril, habida cuenta que la norma puede resultar inconstitucional desde el punto de vista formal. Y es que, en efecto, se duda que el legislador delegado, mediante la redacción del artículo 43 TU, haya respetado los límites de la delegación legislativa⁵⁵.

⁵⁵ Así, señala G. LEONE («Un nuovo modo di acquisto della proprietà: l'atto di acquisizione in assenza del valido provvedimento ablatorio», *Rev. Giur. Ed.*, II, 2001, pág. 244) que los «principios» contenidos en el artículo 43 no se adecúan a la Ley de delegación de 8 marzo 1999, núm. 50, la cual en el artículo 7.2.d) se limita a prever que el Gobierno dé lugar a la mera «coordinación formal del texto de las disposiciones vigentes, aportando, en los límites de dicha coordinación, las modificaciones necesarias para garantizar la coherencia lógica y sistemática de la normativa también a los fines de adecuar y simplificar el lenguaje normativo». Por tanto, según el citado autor, más allá de la coordinación formal no es posible introducir nuevas disposiciones que no encuentren ninguna referencia en principios o criterios directivos en normas ya existentes (art. 46 CI), ni se puede considerar, por otro lado, que la figura de la adquisición constituya una modificación necesaria para garantizar la coherencia lógica y sistemática de la normativa.

En el mismo sentido, entre otros autores, C. FALCONE, *Occupazione acquisitiva e principio di legalità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2002, pág. 106.

No obstante, F. CARINGELLA («L'espropriazione di valore...», *op. cit.*, pág. 139) realiza una lectura destinada a salvaguardar la compatibilidad del artículo 43 TU con los artículos

Aunque, para parte de la doctrina⁵⁶, el legislador italiano ha conseguido un sistema equilibrado que permite superar las disfunciones de la «ocupación adquisitiva» y su censura por el TEDH, existen, para otros autores, dudas en torno a la compatibilidad del artículo 43 TU con el artículo 42.3 CI y, sobre todo, con el CEDH, habida cuenta que, a la vista de la jurisprudencia constitucional, el nivel de tutela del derecho de propiedad de la Convención europea resulta más elevado que el otorgado por la Constitución italiana.

En primer lugar, algunos autores defienden que la nueva disciplina vulnera el artículo 42.3 CI al permitir la adquisición de los bienes aunque no se haya emanado previamente la declaración de utilidad pública. En este sentido, para LEONE⁵⁷, la atribución del poder a la Administración que utiliza el bien de disponer su adquisición, sin que sea antes realizado un procedimiento de expropiación válido que conlleve la declaración de utilidad pública, constituye una neta y evidente vulneración del artículo 42.3 CI, que exige que se pongan de manifiesto los motivos de interés general como presupuesto indefectible para la expropiación. Aun así, para CARINGELLA⁵⁸, no se produciría esta vulneración del artículo 42 CI porque la nueva figura tiene como base la valoración de los intereses en conflicto impuesta a la Administración pública, lo que introduce elementos de legalidad sustancial, evitando adquisiciones de la propiedad desvinculadas de una valoración actual del interés público y consintiendo el control judicial sobre la elección⁵⁹.

Desde otro punto de vista, el de la posible constitucionalización de la

76 y 77. En este sentido, el citado autor argumenta que para lograr la claridad en la regulación era necesario eliminar las incertidumbres interpretativas y contradicciones existentes evidenciadas por el TEDH.

⁵⁶ Así, G. MONTEODORO («L'occupazione appropriativa dopo il D. Lgs. 8 giugno 2001 n. 327», *Urbanistica e Appalti*, 11, 2001, págs. 1175 y ss.), aun reconociendo algunas carencias en la nueva regulación, considera que la reforma operada por el TU armoniza el Derecho interno con el internacional. Según el citado autor, una de las más fecundas y brillantes creaciones de la civilística italiana muere y, de sus cenizas, nace un nuevo instituto administrativo que, sin ficciones, lleva al acto administrativo a lo que es su propia lógica, es decir, la tutela del interés público, en los casos en los que se ha verificado un mal funcionamiento del procedimiento expropiatorio y, aun así, sea necesario tutelar en vía sustancial los intereses públicos afectados en el supuesto.

En el mismo sentido, señala L. MAUROTTI («Comentario...», *op. cit.*, pág. 607) que el actual artículo 43 facilitará la vuelta a la legalidad, a la contención de las patologías de la acción administrativa y del contencioso, aportando soluciones más respetuosas de los intereses públicos y privados afectados, incluso cuando la obra se haya realizado en ausencia de un decreto de expropiación válido.

Defienden igualmente la compatibilidad del artículo 43 TU con el artículo 1 del Protocolo 1 CEDH, F. CARINGELLA, «L'espropriazione di valore...», *op. cit.*, pág. 154; G. DE MARZO, «Molto rumore per nulla? Le Sezioni Unite, l'occupazione appropriativa e la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo», *Corr. Giur.*, 6, 2003.

⁵⁷ G. LEONE, «Un nuovo modo...», *op. cit.*, pag. 245.

⁵⁸ F. CARINGELLA, «L'espropriazione di valore...», *op. cit.*, pág. 173.

⁵⁹ En el mismo sentido, para G. DE MARZO («Molto rumore...», *op. cit.*, pág. 746), es cierto que el interés público protegido por la norma no es necesariamente el cristalizado en la previa declaración de utilidad pública, que podría también faltar *ab origine*, pero, de cualquier modo, puede integrar aquellos motivos de interés general que, tal y como establece el artículo 42.3 CI, legitiman la ablación de la propiedad privada.

garantía del procedimiento expropiatorio, SCOCA y TARULLO⁶⁰ ponen de manifiesto que en el artículo 42 CI no existe una referencia explícita a las formalidades procedimentales de la ablación: se limita a garantizar que la ley prevea los «casos» de expropiación. No obstante, advierten que, sin desconocer la incertidumbre que rodea la terminología a la que hace referencia el constituyente, la utilización, en el apartado en examen, de la fórmula «la propiedad privada puede ser... expropiada» debe inducir a reflexionar. Así destacan que no hay que olvidar que la Asamblea constituyente debatía la materia en 1948, cuando resultaba claro a los juristas que el concepto de «expropiación» no se identificaba con el de «ablación», postulando el primero un necesario *iter* procedimental. Es más, podría considerarse que la garantía del procedimiento no está explícitamente constitucionalizada precisamente por considerarse superfluo, bien porque está incluida en la más amplia garantía del principio de legalidad, bien porque estaba implícitamente incorporada en el concepto de expropiación tal y como estaba entonces reconocido y como fue recibido, apenas unos años antes, en el artículo 834 CCI⁶¹.

Aun así, las dudas más fundadas afectan a la compatibilidad del artículo 43 TU con el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH. En síntesis, se puede recordar que el Tribunal Europeo había censurado: *a)* la cuantía de la indemnización; *b)* el sometimiento de la acción indemnizatoria a un plazo de prescripción de cinco años; *c)* la violación del principio de legalidad. En este sentido, había declarado que la apropiación sin título se hacía en ausencia de normas lo suficientemente accesibles y precisas —como había exigido reiteradamente su jurisprudencia— y, además, el Tribunal había expresado sus dudas sobre la compatibilidad con el Convenio de un mecanismo que permite a la Administración obtener beneficios de una situación ilegal.

En relación con todo aquello relacionado con la indemnización y con el plazo de prescripción hemos visto que el legislador delegado ha puesto especial atención en superar las críticas del TEDH; no obstante, aun así, como ya destacamos, no parece que lo haya conseguido en relación con el régimen transitorio.

Por otro lado, y en relación con el respeto al principio de legalidad, indiscutible eje de las dos sentencias del TEDH, algunos autores consideran que la mera previsión legislativa no es suficiente para garantizar la observancia del principio de legalidad, siendo necesario que las normas del derecho viviente sean accesibles, inequívocas y previsibles, por lo que se deberá esperar a la interpretación que en concreto haga la jurisprudencia⁶².

⁶⁰ F. G. SCOCA/S. TARULLO, «La Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari», *Riv. Amm. Rep. It.*, 5, 2001, pág. 458.

⁶¹ Según este artículo, «nadie puede ser privado en todo o en parte de bienes de su propiedad, si no es por causa de interés público, declarada legalmente, y mediante el pago de una indemnización justa. Las normas relativas a la expropiación por causa de interés público se determinan por leyes especiales».

⁶² A. PERINI, «La utilizzazione di un...», *op. cit.*, pág. 526; S. MUSOLINO, «Le modifiche al...», *op. cit.*, pág. 1008; G. DE MARZO, «Molto rumore...», *op. cit.*, pág. 746.

Por tanto, de ahí se puede desprender que, para estos autores, no supondría una quiebra del respeto al derecho de propiedad la creación de un mecanismo alternativo a la expropiación, que no revista sus garantías formales, siempre que su diseño normativo sea lo suficientemente acabado.

No obstante, el problema fundamental consiste en determinar si el legislador delegado ha respetado de manera sustancial el principio de legalidad o, por el contrario, se ha limitado a respetar sólo formalmente el *dictum* del Tribunal de Estrasburgo. En definitiva, la duda es si, desde la perspectiva del CEDH, es admisible el reconocimiento de una potestad ablatoria que prescinda de las formalidades de la expropiación. En este sentido, para VALLETTI, se ha otorgado un reconocimiento legislativo tanto a la «accesión invertida» como a la «ocupación usurpativa» que, si bien puede satisfacer las exigencias del principio de legalidad desde un punto de vista formal, deja en cambio fuertes márgenes de duda respecto al aspecto sustancial, ya que de este modo la Administración continuará obteniendo beneficios de una situación de ilicitud, lo que vulnera tanto el ordenamiento nacional como el comunitario⁶³. Del mismo modo, para BENINI⁶⁴, la llamada «ocupación sin título», destinada a ocupar el lugar de la «ocupación adquisitiva», puede eliminar, en efecto, las dudas suscitadas por el principio de legalidad, en cuanto regulación dictada positivamente, pero no alivia las preocupaciones aún mayores en relación con una tutela sustancial del derecho de propiedad. Se trata, según el citado autor, de la «legalización de lo ilegal», pues se dispone una reglamentación escrita para la apropiación indebida de los bienes de los particulares, pero sin censurar la conducta de la Administración que vulneraría los principios de buena Administración e imparcialidad⁶⁵.

Esta interpretación, que, como señalamos, no es unánime en la doctrina italiana, parece la más segura desde mi punto de vista, habida cuenta además de dos nuevas sentencias del TEDH en las que ha vuelto a declarar que Italia ha vulnerado el artículo 1 del Protocolo 1 CEDH en dos supuestos de «ocupación adquisitiva». Se trata de dos sentencias de 17 de mayo de 2005, asuntos *Pasculli* y *Scordino*, ambas con un contenido idéntico.

En los supuestos que originan las sentencias de 17 de mayo de 2005, la Administración había adquirido la propiedad de los inmuebles en cuestión a través de la «ocupación adquisitiva», pese a haberse cometido graves irregularidades en el procedimiento de expropiación, en ambos casos urgente. En el supuesto *Pasculli*, producida la ocupación material del bien, finaliza el período de eficacia de la declaración de urgente ocupación sin que se haya emanado el decreto de expropiación y, por tanto, sin que se hubiese satisfecho el pago de la indemnización expropiatoria y sin que se hubiese formalizado la transmisión de la propiedad. Por su parte, en el asunto *Scor-*

⁶³ A. VALLETTI, «Occupazione usurpativa: ultime battute di un istituto destinato a scomparire?», *Riv. Amm. Rep. It.*, 2002, pág. 310.

⁶⁴ S. BENINI, «L'occupazione appropriativa é proprio da epurare?», *Foro It.*, I, 2002, pág. 2598.

⁶⁵ En un sentido similar, vid. N. PALETTI/A. MARI, «Occupazione appropriativa e nuovo...», *op. cit.*, págs. 558 y 559.

dino se produce la anulación del decreto de ocupación de urgencia una vez que la obra pública ha sido ya realizada. En ambos casos, dada la aplicación retroactiva de los criterios de la Ley 662/1996, la indemnización que se reconoce al interesado es notablemente inferior al valor venal del bien.

El Gobierno italiano, ante el Tribunal de Estrasburgo, insiste en ambos supuestos en que no se produce una conculcación del principio de legalidad, puesto que desde 1983, año de la sentencia de la *Corte di Cassazione* que delimita la figura, las reglas sobre «ocupación adquisitiva» —o, como prefiere el TEDH, «expropiación indirecta»— eran perfectamente previsibles, claras y accesibles. Además, el Gobierno italiano destaca que en el seno de los procedimientos en cuestión existía una declaración de utilidad pública válida, por lo que, dado que la invalidez del procedimiento sólo afectaba a la forma, sería legítima una indemnización que no reparara integralmente al privado.

No obstante, ninguna de estas consideraciones es atendida por el TEDH, que, antes al contrario, añade nuevas argumentaciones en contra del sistema italiano de protección ante expropiaciones ilegales, a la vista del TU, que, no obstante, no es aplicable a los supuestos en cuestión, acaecidos en los años ochenta.

En efecto, en primer lugar, y como hiciera en las sentencias *Carbonara* y *Belvedere*, el Tribunal de Estrasburgo no considera útil decidir de forma abstracta si un principio jurisprudencial es asimilable a una disposición legislativa en un sistema continental, sino que pone de manifiesto que el principio de legalidad implica la existencia de normas internas suficientemente accesibles, precisas y previsibles. Y, en este sentido, pone de manifiesto las aplicaciones contradictorias producidas en la historia de la jurisprudencia y de los textos normativos que se han ocupado de la expropiación indirecta, incluido el texto único. Y, así, subraya que si bien es cierto que la jurisprudencia ha excluido, a partir de 1996-97, que la «ocupación adquisitiva» se aplique cuando la declaración de utilidad pública ha sido anulada, igualmente es cierto que el TU ha previsto que, en ausencia de declaración de utilidad pública, cualquier terreno pueda ser incorporado al patrimonio público, si el juez no ordena la restitución del terreno ocupado y transformado por la administración. Por tanto, en opinión del TEDH, subsiste el riesgo de un resultado imprevisible o arbitrario.

Pero, es más, el mecanismo de expropiación indirecta no asegura un mínimo de seguridad jurídica. Merece la pena reproducir los fundamentos de la sentencia, porque supone un criterio interpretativo indudable a la hora de valorar la posible contradicción del mecanismo del artículo 43 TU con el Protocolo Adicional 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

«El Tribunal advierte además que el mecanismo de la expropiación indirecta permite en general a la Administración traspasar las reglas fijadas en materia de expropiación, con el riesgo de un resultado imprevisible o arbitrario para los interesados, ya se trate de una ilegalidad existente desde el inicio o una invalidez sobrevenida.

En este sentido, el Tribunal advierte que la expropiación indirecta permite a la Administración ocupar un terreno y transformarlo irreversiblemente, de modo que se considere incorporado al patrimonio público sin que paralelamente se adopte un acto formal que declare la transmisión de la propiedad. En ausencia de un acto que formalice la expropiación y que intervenga, a más tardar, en el momento en el que el propietario ha perdido toda disponibilidad del bien, el elemento que permitirá la transferencia al patrimonio público del bien ocupado y de alcanzar seguridad jurídica es la declaración de invalidez por parte del Juez, que vale como declaración de la transmisión de propiedad. Corresponde al interesado —que continúa siendo formalmente el propietario— solicitar del Juez competente una decisión que constate, producido el supuesto, la ilegalidad derivada de la realización de la obra de interés público, condición necesaria para que sea declarado retroactivamente privado de su bien.

A la vista de estos elementos, el Tribunal considera que el mecanismo de la expropiación indirecta no es idóneo para asegurar un grado suficiente de seguridad jurídica».

Por lo demás, el Tribunal censura igualmente que la «ocupación adquisitiva» permita ocupar un terreno y transformarlo sin satisfacer la indemnización al mismo tiempo, indemnización que ha de ser solicitada por el interesado en un plazo de cinco años (a los supuestos, como hemos señalado, no es aplicable el TU)

Finalmente, el Tribunal destaca que el mecanismo de expropiación indirecta permite a la Administración beneficiarse de un comportamiento ilegal, y que el precio a pagar sólo es 10% superior al correspondiente en caso de expropiación realizada en debida forma. Según el Tribunal, «esta situación no es la que favorece la buena administración de los procedimientos de expropiación y la que previene episodios de ilegalidad».

Por ello, a la vista de estas dos nuevas sentencias, en mi opinión, parece claro que, como anticiparon SCOCA y TARULLO⁶⁶, las sentencias del TEDH deben ser leídas como una condena sustancial frente a conductas adquisitivas que no están respaldadas por un procedimiento expropiatorio. Y es que aunque la exigencia de un completo respeto al procedimiento no se proclama de forma expresa en las citadas sentencias, el mero hecho de que «en general» se puedan obviar las reglas del procedimiento expropiatorio hace que el resultado sea imprevisible y, por tanto, contrario al artículo 1 del Protocolo Adicional 1 del CEDH. La jurisprudencia europea da un salto cualitativo; no basta con que la privación de la propiedad esté prevista en normas claras y accesibles, sino que es necesario que dichas normas prevean un mínimo de garantías formales, porque de otro modo el resultado es, por sí mismo, imprevisible.

⁶⁶ F. G. SCOCA/S. TARULLO, «La metamorfosi...», *op. cit.*, págs. 544 y 545.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La experiencia italiana en relación con la protección del ciudadano frente a expropiaciones ilegales está llena de paradojas. Así, en primer lugar, una garantía que, por lo demás, no conocemos todavía en nuestro ordenamiento, la acotación temporal del procedimiento expropiatorio, termina por ser el acta de defunción de dicho procedimiento. Ni la jurisprudencia ni, sobre todo, el legislador italiano —que, con el aval de la *Corte Costituzionale* y preocupado exclusivamente en la protección de la obra pública, se ha afanado en legitimar actuaciones ilegales— han sido capaces de poner remedio al incumplimiento generalizado de los límites temporales del procedimiento de expropiación, lo que ha tenido como efecto una cierta aceptación de la irrelevancia de las formas que llega a contagiar todo el procedimiento de expropiación, incluida la propia declaración de utilidad pública.

Por otro lado, en el nuevo diseño de la expropiación forzosa del TU de 2001 late una importante contradicción, pues el legislador delegado pretende volver a un diseño decimonónico de la expropiación, esto es, al modelo de 1865⁶⁷, en el que la ocupación de urgencia era una excepción y el pago de la indemnización expropiatoria constituía un presupuesto para la toma de posesión de los bienes. No obstante, el propio legislador delegado considera utópico su modelo, recuperando, con un vasto ámbito de aplicación, la ocupación de urgencia, antes incluso de la entrada en vigor del TU —que la había suprimido—, y permitiendo un mecanismo para las utilidades «sin título» de bienes privados. Así, por un lado, se regulan concienzudamente las garantías necesarias para los privados, la acotación temporal del procedimiento y la regla fundamental según la cual la Administración puede construir sólo si ya es propietaria del terreno; pero, por otra parte, se ha creado un instituto en base al cual el mismo sujeto que comete un hecho ilícito tiene la posibilidad de sanar todo *ex post* a través, en sustancia, de un simple acto de adquisición⁶⁸.

Por lo demás, el mero hecho de que el legislador haya consagrado un mecanismo ilegal que permite la convalidación de las expropiaciones ilegales resulta verdaderamente llamativo, ya que este mecanismo no debería tener respaldo normativo específico, pues estos supuestos deberían resolverse a través de las técnicas de conservación que se emplean con carácter general. Como ya hemos destacado, la razón de la incorporación de esta figura al Derecho positivo es superar las censuras que a la *occupazione appropriativa* había realizado el TEDH en el año 2000, en la medida que vulneraba el principio de legalidad que ha de respetar toda operación expropiatoria. No obstante, el respeto al principio de legalidad que pretende garantizar dicha norma es meramente formal, no sustancial, y en este

⁶⁷ En este sentido, entre otros, G. LEONE, «Osservazioni a margine del nuovo testo unico delle espropriazione per pubblica utilità», *Riv. Giur. Ed.*, 2001, pág. 291.

⁶⁸ En un sentido similar, F. G. SCOCA/S. TARULLO, «La metamorfosi...», *op. cit.*, pág. 537.

sentido siguen existiendo dudas, en mi opinión muy fundadas, acerca de la compatibilidad del sistema de protección ante expropiaciones ilegales en Derecho italiano con el artículo 1 del Protocolo Adicional 1 CEDH. Así, es preciso tener en cuenta que, en las sentencias de 17 de mayo de 2005, el TEDH ha puesto el acento en el hecho de que el mecanismo de la «expropiación indirecta» no asegura un mínimo de seguridad jurídica, subsistiendo, por tanto, el riesgo de un resultado imprevisible o arbitrario para los interesados⁶⁹. El mero hecho de que, con carácter general, se prevea un mecanismo que convalide *ex post* un procedimiento de expropiación viciado introduce los suficientes elementos de inseguridad jurídica para hacer que el sistema de ocupación sin título sea contrario al CEDH.

En definitiva, más de veinte años después de la sentencia del Tribunal de Casación de 26 de febrero de 1983 que creó un nuevo modo de adquisición de la propiedad por parte de la Administración pública, la *occupazione acquisitiva*, parece que sólo la decidida intervención del TEDH puede ser capaz de reconducir el régimen jurídico de la expropiación forzosa en Italia hacia el respeto de las formas procedimentales.

⁶⁹ Por lo demás, algunos autores ya han anticipado que la dinámica aplicativa del mecanismo no va a ser distinta a la de la *occupazione acquisitiva*. Así, S. MUSSOLINO («Le modifiche al nuovo TU sulle espropriazioni e il superamento del principio dell'accessione invertita», *Urb. App.*, 9, 2003, págs. 1110 y 1111) señala que el legislador se ha esforzado en introducir un mecanismo indemnizatorio de tipo automático, basado en la previa obligación de determinar y abonar la indemnización, aunque es fácil prever que los particulares deberán continuar persiguiendo la satisfacción de sus derechos frente a la autoridad judicial. En realidad, la Administración pública no tendrá, en general, ningún interés concreto en emanar espontáneamente el acto de adquisición del párrafo 1, porque éste presupone la previa determinación —y pago— del resarcimiento y, por tanto, la admisión por parte de la Administración de la mala tramitación del procedimiento de expropiación: el particular no tendrá más remedio que intentar la acción restitutoria. Según este autor, es fácil prever que, en buena parte de los casos, las Administraciones públicas, ante la certeza de que una vez realizada la obra no podrán ser desposeídas, preferirán realizar la ocupación del inmueble, limitándose a resistirse al eventual proceso, solicitando al juez que disponga la condena al resarcimiento del daño con exclusión de la restitución (art. 43.3 TU). Es, por otro lado, previsible, sobre la base de la experiencia común, que las Administraciones expropiantes se puedan ver inclinadas a liquidar el daño según parámetros no favorables al privado, que se verá obligado a dirigirse al juez. De todo esto se podrá derivar, en el plano práctico, una situación que no difiere de la actual, en la que el expropiado debe esperar, para la satisfacción del propio derecho, el pronunciamiento del juez, que, al menos hoy, sucede a distancia de muchos años.