

L. d. 104.527

TE
869

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA DEL DERECHO, MORAL Y POLITICA, I

BIBLIOTECA UCM



5306343617

LA PROPIEDAD

**BASES SOCIOLOGICAS DEL CONCEPTO
EN LA SOCIEDAD POSTINDUSTRIAL**

*(TESIS DOCTORAL DIRIGIDA POR EL PROFESOR DOCTOR JOSE ITURMENDI
MORALES, CATEDRATICO DE FILOSOFIA DEL DERECHO EN LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID)*

DONATIVO

"EXCLUIDO DE PRESTAMO"

SANTIAGO CARRETERO SANCHEZ
1994



BIBLIOTECA
DE DERECHO

D. J. Carretero

INDICE

PARTE PRIMERA

	<u>Página</u>
1.- <i>Concepto de Propiedad en nuestro Código civil</i>	1
2.- <i>Influencia de los antecedentes en el concepto de Propiedad del Código civil</i> . . .	7
3.- <i>Permanencia del concepto de Propiedad hasta el Código civil</i>	20
4.- <i>Paradigma o ejemplo del derecho subjetivo más perfecto, Planteamiento</i>	26
5.- <i>Concepto de Propiedad en la Doctrina española moderna</i>	32
6.- <i>Caracteres esenciales de Derecho de Propiedad</i>	44
7.- <i>Críticas al concepto unitario de Propiedad</i>	48
8.- <i>Planteamiento de los límites del Derecho de Propiedad</i>	
8.1.- <i>Concepto</i>	52
8.2.- <i>Distinción entre limitaciones y otras figuras afines</i>	55
a) <i>Las obligaciones</i>	57
b) <i>Cargas</i>	58
8.3.- <i>La variedad de los Límites y limitaciones.</i>	
a) <i>Planteamiento</i>	59
8.4.- <i>Consecuencias de la existencia de límites y limitaciones</i>	68
8.5.- <i>Aspecto legal y jurisprudencial de las limitaciones o límites del</i> <i>Derecho de Propiedad</i>	
a) <i>Aspecto legal</i>	72
b) <i>Aspecto jurisprudencial</i>	77
9.- <i>Concepto constitucional de Propiedad. Planteamiento.</i>	
9.1.- <i>Noción de Propiedad privada constitucional</i>	85
9.2.- <i>El "iter" parlamentario del Derecho de Propiedad</i>	90
9.3.- <i>Antecedentes constitucionales del artículo</i>	94
9.4.- <i>Aspecto económico-constitucional de la Propiedad</i>	96
9.5.- <i>Propiedad y modelo económico del Estado</i>	100
9.6.- <i>Contenido esencial del Derecho de la Propiedad</i>	103

10.-	<i>La Función social de la Propiedad.</i>	
10.1.-	<i>Planteamiento</i>	111
10.2.-	<i>Significado jurídico de la Función de la Propiedad</i>	113
10.3.-	<i>Aparición del Concepto de la Función social de la Propiedad</i>	116
10.4.-	<i>Iter parlamentario de la Función social</i>	123
10.5.-	<i>La Función social y su papel en nuestro sistema patrimonial</i>	124
10.6.-	<i>Función social y Expropiación</i>	129

PARTE SEGUNDA

1.-	<i>El Urbanismo como fenómeno social.</i>	
1.1.-	<i>Diferencia entre Propiedad rústica y Urbana como punto de partida del Ordenamiento</i>	144
1.2.-	<i>La concentración y expansión de la ciudad: problemas sociales</i>	155
1.3.-	<i>El mercado del suelo</i>	162
2.-	<i>El Derecho de la Propiedad Urbana.</i>	
2.1.-	<i>Introducción histórica</i>	168
a)	<i>El Derecho de Propiedad Urbana en España en el siglo XIX</i>	177
b)	<i>Legislación del Ensanche</i>	178
c)	<i>La Legislación sobre obras de saneamiento y mejora interior de poblaciones</i>	182
d)	<i>Siglo XX y Derecho de la Propiedad Urbana</i>	184
3.-	<i>Breve referencia al Derecho extranjero.</i>	
3.1.-	<i>Francia</i>	188
3.2.-	<i>Italia</i>	192
3.3.-	<i>Alemania</i>	193
3.4.-	<i>Portugal</i>	195
3.5.-	<i>Reino Unido</i>	196
4.-	<i>Caracteres del Ordenamiento Urbanístico</i>	198
5.-	<i>Legislación vigente en España</i>	206
a)	<i>Referencia a la Legislación autonómica</i>	211
b)	<i>Principios de la Ley 8/90 de 25 de julio sobre reforma de régimen urbanístico y valoraciones del suelo</i>	217

6.-	<i>Elementos esenciales del Derecho Urbanístico y sus consecuencias.</i>	
6.1.-	<i>La Planificación: concepto</i>	223
a)	<i>Naturaleza: Breve referencia</i>	227
b)	<i>Caracteres del plan urbanístico</i>	229
c)	<i>Clases de planes urbanísticos</i>	238
d)	<i>Efectos del plan sobre la Propiedad</i>	249
7.-	<i>Limitaciones del Derecho de Propiedad urbanística.</i>	
7.1.-	<i>Limitaciones urbanísticas: Introducción</i>	257
a)	<i>Concepto</i>	258
b)	<i>Diferencia con otras figuras urbanísticas afines en la Ley del suelo</i>	260
7.2.-	<i>Intento de una clasificación de las Limitaciones</i>	269
a)	<i>Descripción de las Limitaciones del Derecho de la Propiedad Urbana</i>	271
8.-	<i>Estudio de las Limitaciones más controvertidas.</i>	
8.1.-	<i>Limitación que proviene del plan urbanístico</i>	290
8.2.-	<i>La licencia urbanística como Limitación del Derecho de Propiedad Urbana.</i>	
a)	<i>Concepto</i>	303
b)	<i>Características de la licencia</i>	304
c)	<i>Actos del propietario que requieren Licencia Urbanística</i>	306
d)	<i>Efecto de la Licencia sobre la Propiedad Urbana</i>	310
8.3.-	<i>La Expropiación urbanística como el culmen de las Limitaciones sobre el Derecho de Propiedad</i>	318
a)	<i>Fuentes normativas</i>	319
b)	<i>Aplicación de la ley y sus nuevos principios</i>	320
c)	<i>Cuándo se expropia el suelo</i>	321
d)	<i>Sujetos de la Expropiación</i>	321
e)	<i>Causa de la Expropiación</i>	322
f)	<i>Objeto expropiable</i>	325
g)	<i>Procedimiento expropiatorio</i>	327
8.4.-	<i>El Aprovechamiento Urbanístico como Limitación del Derecho de Propiedad: Examen legal.</i>	
a)	<i>Concepto</i>	330
b)	<i>El aprovechamiento en el Derecho de Propiedad Urbana</i>	331
c)	<i>Figura antecedente: El aprovechamiento medio</i>	334
d)	<i>Conversión del aprovechamiento medio en precio</i>	337
e)	<i>La figura del aprovechamiento-tipo</i>	338

9.-	<i>El principio de Solidaridad como base de las limitaciones</i>	346
10.-	Ordenación del territorio.	
	a) <i>Concepto y diferencia con el Urbanismo</i>	335
	b) <i>Regulación legal de la Ordenación del territorio</i>	367
	c) <i>La Ordenación del territorio como superación del Urbanismo</i>	374
10.1.-	<i>La Función Ecológica de la Propiedad Urbana.</i>	
	a) <i>Propiedad y Ecología como nueva meta del Legislador</i>	383
	b) <i>Regulación legal</i>	392
	c) <i>Efecto de lo ecológico sobre la Propiedad Urbana</i>	397

PARTE TERCERA

1.-	<i>El Derecho Económico incide en el tratamiento jurídico del Concepto de Propiedad.</i>	409
	1.1.- <i>Hacia una Teoría económica de la Propiedad</i>	411
	1.2.- <i>La Propiedad Pública</i>	413
	1.3.- <i>El cambio histórico del Derecho de Propiedad: Causas posibles</i>	415
	1.4.- <i>Función social y Planificación económica en la Constitución respecto de la propiedad</i>	420
2.-	<i>Nueva línea de estudio en el Derecho de Propiedad</i>	426
	a) <i>La Función personal y comunitaria como línea de estudio</i>	436
	b) <i>La Función comunitaria</i>	438
3.-	<i>Un nuevo "contenido" de la Propiedad</i>	443
4.-	<i>Pretensión de un planteamiento unitario con otros sectores del Ordenamiento jurídico</i>	461
5.-	<i>Doctrina crítica sobre algunos elementos ya tradicionales.</i>	
	5.1.- <i>La Planificación</i>	467
	5.2.- <i>La Función social de la Propiedad.</i>	
	a) <i>Un concepto para la polémica</i>	477
	b) <i>Doctrina que critica el concepto</i>	479
	c) <i>Proposición constructiva de la línea crítica de la "Función social"</i>	485

d)	<i>Ubicación dogmática del Concepto de Función social</i>	487
e)	<i>La utilización inmotivada y abusiva "desnaturaliza" a la "Función social"</i>	498
5.3.-	<i>La Doctrina crítica sobre las limitaciones de pa Propiedad: Equívocos posibles</i>	508
a)	<i>Proposición de un razonamiento jurídico diferente</i>	526
6.-	<i>El problema de replantear algo en Derecho.</i>	
a)	<i>Introducción</i>	536
b)	<i>El método en el replanteamiento</i>	543
c)	<i>La idea de Derecho subjetivo en el replanteamiento</i>	545
d)	<i>La inevitable crítica como "ideológica" de cualquier replanteamiento de las bases sociológico-jurídicas de la Propiedad</i>	548
e)	<i>Cualquier replanteamiento de la Propiedad centra su preocupación en la contraposición de intereses</i>	554
7.-	<i>En el replanteamiento existen condicionantes</i>	558
8.-	<i>Un contexto nos viene dado: La Propiedad Urbana en el Estado Social y Democrático de Derecho</i>	568
8.1.-	<i>Exámen concreto de la Propiedad inmobiliaria como exponente del gran problema</i>	573
9.-	<i>La complejidad ius-filosófica y la "praxis" en las bases de la definición de la Propiedad en la ciudad</i>	584
10.-	<i>El papel de la Sociología en el replanteamiento jurídico de las bases del concepto de la Propiedad en la ciudad</i>	595
11.-	<i>La Propiedad se encuentra enmarcada en la Planificación social</i>	604
12.-	<i>Proposición de unas bases sociológicas que el legislador del suelo puede tener como datos jurídicos en la crisis económica</i>	618

PARTE PRIMERA

(INTRODUCCION)

1.- CONCEPTO DE PROPIEDAD EN NUESTRO CODIGO CIVIL

Propiedad equivale en sentido gramatical a la cualidad de una cosa. Así se habla vg. de propiedades físicas, o de propiedades de otro tipo. En el Derecho Civil lo que interesa al tratar de la Propiedad es la forma jurídica de las facultades o poderes del Hombre sobre las cosas, la relación de pertenencia o apropiación sobre las mismas ¹. Lo que parece en este momento el punto esencial del concepto es la actuación que puede realizar el propietario sobre un Bien Económico. Se contempla la valoración jurídica del fenómeno de goce o utilización de las cosas; o sea de una actividad concreta que arrancando de una base subyacente económica, se traduce en una relación jurídica que permite al propietario el poder decidir el destino económico del bien ².

¹ CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil". Madrid: Reus, 1950, p.47.

² BARNES VAZQUEZ, J. "La propiedad constitucional" (El estatuto jurídico del suelo agrario). Madrid: Cívitas, 1988. p. 546, donde se sitúa a la propiedad en el centro de la "Constitución económica".

La Propiedad no es por lo tanto una determinación de cosas físicas, ni algo ceñido a una concreta cosa material. Es una posición de Derecho, que puede referirse a cualquier bien del mundo exterior³. En este sentido puede decirse que es una noción abstracta o preconcepto⁴.

Aunque hay una idea del Derecho de Propiedad como derivado del Derecho Natural, anterior a la ley, que se limita a reconocerlo⁵ y lo cierto es que tal antecedente puede encontrarse en Las Partidas, cuando definían el dominio como poder que el hombre tiene sobre la cosa para hacer lo que quisiere, según Dios, o sea el Derecho Natural y según Fuero, el Derecho Positivo⁶, hay que partir de un planteamiento más restringido, referido a la Propiedad tal como es regulada por la ley. Si bien no son exactamente equivalentes dominio y propiedad, como ha puesto de relieve la doctrina⁷, puesto que es posible la distinción entre ambos conceptos, sin discutir ahora si uno de estos dos términos comprende al otro, o son diferentes puntos de vista, lo cierto es que la referencia de Las Partidas al dominio, puede hacerse a la propiedad. Por consiguiente el Código Civil es el ordenamiento que fundamentalmente define la propiedad; no

³ SEMPRUN Y GURREA, J.M. "Sentido Funcional de la propiedad". 1933, p. 211.

⁴ LASARTE ALVAREZ, C. "Curso de derecho civil patrimonial". 3ª ed. actualizada. Madrid: Tecnos, 1991, p. 223.

⁵ LASARTE. Curso de... p. 227.

⁶ PUIG PEÑA, F. "Compendio de Derecho Civil". 3ª Ed. actualizada. Barcelona: Pirámide, 1976, p. 63.

⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. "Compendio de Derecho Civil". 2ª Ed. revisada. Madrid: Edersa, 1988, t. III.

interesa tanto si su fundamento es de Derecho Natural o cuál sea ese fundamento, el "hecho" de la propiedad existe.

El Código Civil es producto de una época en que predominaba un liberalismo individualista, más o menos templado y por ello su interpretación, se hizo desde una lectura liberal de nuestro texto legal. Pero como en él ya se reconoce la posibilidad del intervencionismo que menciona de alguna manera el artículo 348, al reconocer limitaciones del Derecho, se entiende que su finalidad es definir la propiedad como un concepto formal, cualquiera que sea su contenido. Es su raíz romana la que lo dota de categoría jurídica. Cualquiera que sea la influencia de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789 y su reflejo en el Código Civil ⁸, lo que importa destacar es que el Código concibe la Propiedad como una situación activa de poder, como un Derecho Subjetivo ⁹.

La propiedad sigue siendo, no un prius, pero si uno de los fundamentos del sistema que expresan el tipo de organización de la colectividad sobre la atribución de los bienes. Además en todo momento histórico y lugar.

⁸ ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. "Curso de derechos reales". Madrid: Cívitas, 1986, Tomo I. p. 27-44, para el estudio de la propiedad liberal.

⁹ MONTES PENADES, V. "La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo". Madrid: Cívitas, 1980, p. 60.

Se presenta en el Código como el soporte del poder de gestión de los aprovechamientos de que es susceptible una cosa ¹⁰. En el Código es un poder amplio sobre una cosa; es el núcleo de un tipo de derecho que se conceptúa como propiedad ¹¹.

El lenguaje del Código, no coincide con el económico. Hay diferencias, porque el lenguaje civilista, es más antiguo, como procedente del Derecho Romano, mientras que el lenguaje económico es más moderno y no está consolidado en la fecha de aparición del Código. Por lo tanto el texto legal no considera los bienes desde su función sino desde las facultades que sobre ellos ostenta el propietario ¹². Este lenguaje no es predicable a la situación social de una época de crisis económica.

El Bien aparece como una entidad que satisface necesidades humanas en relación con un sujeto, es una relación económica de utilidad. El sujeto tiene un interés sobre la cosa y el Derecho asume y traduce normativamente esa finalidad ¹³. El concepto civil de Propiedad se caracteriza porque protege esta finalidad individual y considera a la Propiedad como un fin en sí mismo y no como un medio para conseguir otras finalidades ¹⁴.

¹⁰ MONTES, V. "La propiedad privada...". p. 236.

¹¹ DE LOS MOZOS, J.L. "El Derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica". Madrid: Edersa, 1993, p. 87.

¹² DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. "Fundamentos de Derecho civil patrimonial". Madrid: Tecnos, 1984, vol. I, p. 697.

¹³ MONTES, V. "La propiedad privada...". p.

¹⁴ MONTES, V. "La propiedad privada...". p.

En el artículo 348 y en un análisis extratemporal del Derecho de Propiedad ¹⁵, los poderes están equiparados con la facultad de gozar y disponer, equivalentes a los valores económicos en uso y en cambio ¹⁶.

Llegado el momento de proponer aproximativamente una definición de la propiedad no puede concebirse como la doctrina tradicional realizando una enumeración de las facultades que lo integran; recuérdese el: "ius utendi atque abutendi re sua". Esta definición no es indicativa; la propiedad no es una suma de facultades sino un poder unitario, un "señorío general" cuyas manifestaciones son las facultades. Por eso se ha definido como el más amplio poder que el ordenamiento jurídico permite tener sobre la cosa. Es el ordenamiento el que precisa cual sea ese poder desde una perspectiva total y no como un conjunto de Facultades que no puede reconducirse a una base Fundamental de la que las mismas son una exteriorización.

Debe señalarse la importancia de no hacer definitivas definiciones que caen en equívocos que han ido oscureciendo el concepto de este Instituto de Derecho Civil que es la propiedad.

En principio, tenemos que desechar ciertas definiciones que pueden aparecer en la doctrina. Tales serían:

- 1) *Definiciones de marco legal: aquéllas que se remiten al tratamiento que dé cada una de las legislaciones nacionales. Ello, doctrinalmente, no es defendible pues una institución*

¹⁵ MARTIN MATEO, R. "El Estatuto de la propiedad inmobiliaria". "Revista de la Administración pública", enero-abril, 1967, nº 52, p. 102.

¹⁶ PUIG PEÑA, F. "Compendio de...". p.

de derecho de primordial importancia no puede depender solamente en su esencia de las diferentes formas de regularla.

- 2) *Definiciones que integran la definición como suma de facultades: siempre puede ocurrir que quede alguna de las facultades sin expresar y ello produce inseguridad, como ya hemos indicado.*
- 3) *Definiciones eclécticas: que se pueden contradecir; si se define, por ejemplo, la propiedad como suma de facultades no se puede acudir después a decir que se describe en el orden jurídico de modo abstracto.*
- 4) *Definiciones negativas: no puede partirse del derecho de propiedad, como una negación de facultades de otros tipos de conceptos semejantes porque cae en el mismo defecto de las definiciones enumerativas.*
- 5) *Definiciones que no contemplen límites en el concepto de derecho de propiedad: ello ocurrió en el derecho romano antiguo, el "dominium ex iure quiritium" porque la evolución histórica se ha encargado de quitarle vigencia. La propiedad lleva insito ese conflicto limitativo y así lo recoge el artículo 348.*
- 6) *Definición de tipo procesal. Tampoco puede consistir en describir la reacción del particular cuando ha sufrido en sus bienes un ataque ajeno, porque no explica el "ex ante" de la propiedad.*
- 7) *Definiciones de tipo filosófico (jurídico); tales conceptos pueden servir para el fundamento del derecho, pero no para institutos de derecho de los que se necesita conocer sus caracteres según están contemplados por el ordenamiento.*

- 8) *Definición legal: no es misión del legislador definir lo que sea la propiedad; no sería suficiente aunque si es muy importante la base que el legislador ofrece a los intérpretes.*
- 9) *Definición sociológica: se excede del tratamiento que ha de realizar el jurista, aunque el Derecho sea una ciencia Social.*

Se podría proponer como punto de partida la idea de lo que es la propiedad a los efectos de nuestro trabajo, como un poder de la Persona para utilizar y disponer de una cosa, otorgado al titular por el ordenamiento jurídico, frente a otros sujetos de derecho o a la colectividad, dentro de un ejercicio racional modulado por la Ley.

Este concepto intenta contemplar los elementos implicados en la problemática de la Propiedad: el poder propio del titular y el posible conflicto con los derechos de los demás y el interés público. Ambos elementos tienen igual importancia y deben colocarse al mismo nivel, cualquiera que sea la caracterización que el Derecho Positivo haga de la institución.

2.- INFLUENCIA DE LOS ANTECEDENTES EN EL CONCEPTO DE PROPIEDAD DEL CODIGO CIVIL

En lugar de tratar este aspecto desde la visión de un historiador del Derecho que constataría un fiel reflejo de datos jurídicos, lo que se pretende es trazar unas líneas argumentales más concretas.

Para ello se parte de una breve referencia al Derecho Romano, que es el punto de origen y de unas alusiones al momento jurídico y social con el que se encuentra nuestro Código Civil de

1889, desde una doble perspectiva: el concepto que del derecho de propiedad tienen los códigos europeos de la época, por una parte y, por otra, de la transformación que en el siglo XIX sufre la propiedad en su paso de una propiedad feudal o medieval a una propiedad más libre y desvinculada, transformación que el codificador recoge. Es necesario detenerse más en el artículo 544 del Código francés como el dato central del planteamiento del problema.

El Código Civil por la época de su aparición refleja una idea de la propiedad que deriva de la llamada "concepción liberal del derecho de la propiedad" ¹⁷. Es conocido que nuestro artículo 348 junto con el artículo 436 del Código italiano tenían su base en el artículo 544 del Código francés, si bien debe decirse que las variaciones son significativas. Nuestro Código no se refiere a la "manera más absoluta" de goce y no se cita "a los reglamentos" como fuente de limitaciones de las facultades del propietario ¹⁸. Si se quiere trazar un antecedente cronológico de la concepción de la propiedad, todos los autores dividen éste en una serie de etapas. No se pretende con ello sino dar una referencia histórica, una aproximación que nos permita entender una visión actual.

Situaremos la primera fase en el Derecho Romano, ya que los datos de la prehistoria sobre los orígenes de la propiedad representan meras conjeturas y sólo son producto de teorías

¹⁷ MONTES PENADES, V. "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Madrid: Edersa. 1980, p. 102

¹⁸ MONTES, V. "Comentarios al Código Civil...". p. 104.

diversas ¹⁹. Son muchos los autores que los han estudiado (BACHOFEN, LAVELEGE, ENGELS, AZCARATE, etc.).

El Derecho Romano recoge una concepción individualista cada vez más creciente que refuerza en gran medida las atribuciones del dueño y sus facultades frente a los demás hombres y frente al Estado. En la fase prehistórica anterior prevalecía el tipo de propiedad colectiva, más bien familiar. Entre estos dos polos, (individualismo y colectivismo) se mueve la institución. Durante la Edad Media y pese al riesgo que entraña resumir una concepción en tan dilatado espacio de tiempo, se puede sostener un proceso desintegrador del concepto unitario de propiedad, algo que ya se podía observar germinalmente en la jurisprudencia romana, y que viene dado por el desdoblamiento de facultades entre el titular del dominio y el que era efectivo poseedor ²⁰.

Para seguir el epígrafe que se propone hay que analizar brevemente las fases más antiguas y con más profundidad las más cercanas ²¹.

La Edad Moderna supone un impulso favorable de nuevo a la propiedad de tipo unitario, a la concepción individual y libre. Se observa un proceso de fundamentación iusnaturalista, (véase el artículo 17 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, París, 26 de agosto

¹⁹ CASTAN TOBEÑAS, J. "La propiedad y sus problemas actuales". (Discurso leído en 1962 en la ceremonia de apertura de los Tribunales). Madrid: Reus, 1962.

²⁰ SUSTAETA ELUSTIZA, A. "Propiedad y urbanismo: (lo urbanístico como límite del derecho de propiedad)". Madrid: Montecorvo, 1978, p. 45.

²¹ RUIZ-GIMENEZ CORTES, J. "La propiedad, sus problemas y su función social". Madrid: Anaya, 1961, Vol. I, p. 33 y ss.

de 1789)²², cuando dice: "siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública legalmente contrastada lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa" y en otros textos cercanos de la época.

Durante el siglo XIX la concepción individualista se va debilitando; los movimientos sociales son fundamentales para preconizar nuevas formas de signo colectivo. Pero perdurando también la concepción romanista durante esta época. En los códigos decimonónicos se da la síntesis de una serie de influencias. Se conserva la base individualista que procede del Derecho Romano y de los romanistas con una concepción iusnaturalista, que considera a este derecho junto con el de libertad, el máximo desarrollo de la persona en orden a su existencia. Esto es lo que lleva a nuestro codificador a su concepción. La doctrina moderna²³ del Derecho Civil español observa una distinción que para la época codificadora no estaba clara: la distinción entre propiedad romana (individualista) y la propiedad germana (colectiva), más bien²⁴.

Debe de contemplarse la institución en el momento histórico de la promulgación del Código, y es una época que no resulta fácil para el civilista, por la proliferación legislativa y reglamentaria que incide sobre la Propiedad.

Si hay que concretar las influencias exteriores de nuestro Código se ha de precisar en el codificador francés y su art. 544, que dice: "la propriété est le droit de jouir et disposer des

²² Textos Constitucionales. Cátedra de la Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho. Barcelona: 1983.

²³ SUSTAETA, A. "Propiedad y...". p. 48.

²⁴ ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. "Curso de derechos reales". Madrid: Cívitas, 1987, Tomo I, p. 202.

choses de la manière la plus absolue..." y decimos esto porque el artículo 436 del Código Italiano de 1865 constituye una traducción literal del Codé en esta materia ²⁵.

El derecho de propiedad en el Codé queda configurado como un poder del propietario de contenido indefinido. El ordenamiento jurídico se lo atribuye, aunque luego el control de su ejercicio quede indeterminado. El contenido de ese derecho se concreta por el libre y arbitrario ejercicio de su titular. Los autores de este precepto concebían el derecho de propiedad como un derecho natural del hombre sobre las cosas sagradas e inviolable, que le atribuye al titular unos poderes tendencialmente ilimitados para desarrollar su libertad.

Los trabajos preparatorios del Código Francés ya dejan entrever que junto al lado del interés del propietario, desde luego principal, existía una necesidad de composición de los derechos y poderes individuales con el bien común, o incluso se llega a decir que este art. 544 prevé institucionalmente la posibilidad en potencia que se vete al propietario determinadas formas de utilización de los bienes.

Lo que ya no resulta tan claro de esta norma fundamental, que es el artículo 544 del Codé es su origen en el Derecho Romano ²⁶.

Ello porque se ha tratado como línea de investigación aquella que niega la visión individualista de la referencia clásica, así como porque los comentaristas del Codé no coinciden con los

²⁵ Ver M. Peset. Propiedad antigua y Propiedad Liberal. Colegio de Registradores de la Propiedad. Conferencias (1984-86). 1986).

²⁶ AUBRY: "Cours de droit civil français". 4ª Ed. París: 1985, Tomo III, p. 170.

clásicos en su concepción del "dominium". Se trató de establecer que en el dominium romano existía un nexo con las exigencias de la colectividad ²⁷.

Pero esto como dice RODOTA ²⁸ no es más que una posición metodológica, pues cuando entró en vigor el Codé se reunió a la tradición romanista y el historiador del Derecho se encontró con ²⁹ esta visión.

Junto al Codé, destaca el Código Civil portugués de 1867, que regula la propiedad de una forma más alejada del mismo. En este sentido, dice el artículo 2167 del Código portugués ³⁰. Llámase propiedad en este cuerpo legal a la "facultad que el hombre tiene, de aplicar a la conservación de su existencia y al mejoramiento de su condición, todo cuanto para ese fin adquirió legítimamente y de lo que, por tanto, puede disponer libremente.

²⁷ FERNANDEZ SESGADO, F. "El sistema constitucional español". Madrid: Dinkynson, 1992. p. 446, donde se hacen reflexiones sobre la propiedad y la colectividad.

²⁸ RODOTA, S. "El terrible derecho". (Estudios sobre la propiedad privada). (Traducción: L. Díez-Picazo). Madrid: Cívitas, 1986. p. 76.

²⁹ ARNAUD, A.J. "Les origines doctrinales du Code Civil français". París: 1969, p. 179 y ss.

³⁰ DE SEABRA, L. "La propiedade. Philosophia do Direito para servir de introducçao ao commentario sobre a ley dos foraes". Coimbra: 1850, Vol. I.

También ha de citarse el párrafo 903 del Código Civil alemán: "El propietario de una cosa, en tanto que la ley o los derechos de terceros no se opongan puede proceder con la cosa según su voluntad y excluir a otros de toda intromisión".

Junto a esos cuerpos legales, el codificador español vive una etapa turbulenta de revoluciones y movimientos sociales. La situación anterior al Código, (existencia de señoríos, mayorazgos, la llamada propiedad feudal o antigua ³¹ caracterizada por propiedades comunales en los pueblos, patrimonios amortizados de las instituciones eclesiásticas, vinculaciones de bienes por las casas nobiliarias, exención de impuestos para la nobleza y el clero), no podía permanecer posteriormente. Durante el reinado de Fernando VII cambia la estructura de esta propiedad desigual y feudal; se pasa a un nuevo modelo. Desaparecen las propiedades colectivas o amortizadas. Fueron las Leyes aparecidas por el Poder liberal las que rompieron esta situación.

El Código recogió ese esquema que mucho antes funcionaba en la realidad social. Entonces nace una propiedad "desvinculada" es decir, limitada en su goce desde la perspectiva liberal.

Este proceso comienza desde el reinado de Carlos III y en las Cortes de Cádiz y se refleja en la ley de 11 de octubre de 1820.

Esa ley suprime mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquier otra especie de vinculación de bienes raíces ^{32 33}. El bien no salía al mercado; quedaba retenido a una sucesión troncal

³¹ PESET, M. "Propiedad antigua y propiedad liberal", en ciclo de conferencias de los centros hipotecarios, 1986. p. 92.

³² PESET, M. "Propiedad antigua y...". p. 100.

un sujeto normalmente religioso, capellanía y permanecía ligada la cosa a una afectación eclesiástica, indefinidamente. Se prohíbe la adquisición de la propiedad por las llamadas "manos muertas". En esta prohibición subyace un fuerte componente antirreligioso. Se pretende que la propiedad no quede vinculada por ninguna carga perpetua sobre los bienes: así la redención de los censos fundada en el argumento de su no economicidad, la abolición de señoríos jurisdiccionales (pecha, martiniega, carga real sobre la propiedad en favor de una persona), cerramiento de fincas que privilegiaba el paso de la Mesta por los fundos (Decreto de 14 de enero de 1812 y 8 de junio de 1811 que derogó el Gobierno de Fernando VII).

Para nuestro concepto de la propiedad en el Código hay que señalar la llamada Desamortización ³⁴. Es necesario establecer unas ideas comunes a todo este proceso que fué complejo y dificultoso. Se operó por medio de una venta en pública subasta de toda propiedad corporativa para que saliera al tráfico y llegara a la explotación de la iniciativa individual ³⁵. Se puede concretar en una Desamortización de los bienes de órdenes religiosas realizada por Mendizábal, (Decreto de 19 de febrero de 1836) que dura hasta 1844 en que un Decreto de Mon la suspende (Decreto de 13 de agosto de 1844) y una segunda Desamortización llamada civil de los bienes municipales iniciada por Pascual Madoz en 1855.

³³ ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. "La propiedad en la formación del Derecho administrativo". Pamplona: 1983, p. 33.

³⁴ GARCIA COLMENARES, P. "La Desamortización en la península ibérica". Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 177; para ver estadísticas de compras y ventas en p. 197.

³⁵ PESET, M. "La propiedad antigua y...". p. 116-117.

Uno de los primeros trabajos sobre la Desamortización fué el de PORRES-MARTÍN CLETO ³⁶. Para ver más detalle exhaustivo de la incidencia numérica de Desamortización.

Cuando se promulgó el Código la desamortización es ya un hecho consumado, se llevó a cabo una reforma de la Hacienda y los impuestos que recaen en la propiedad ³⁷, reforma de Mon en la que desde una perspectiva fiscal se combatió la amortización. Se pretendió como colofón de esta reforma de 1845 establecer un Registro que incorporará la propiedad a un Registro público que no llegó hasta años después, hasta 1861.

En este ambiente social y político se mueve nuestra codificación de 1889. Era un clima de transformación de la propiedad: se pasa de una propiedad feudal a la propiedad que concebía el Codé Francés.

El estudio de la norma por sí solo deja insuficientemente explicado el nacimiento de un precepto de un código; el cambio social y político y económico es fundamental. Se puede afirmar que el concepto de propiedad de nuestro Código Civil viene configurado, de una parte, por la tradición jurídica del individualismo "del dominium" romano y que tendrá su reflejo más patente en el Codé Napoleónico, y de otra por las ideas de un período revolucionario que parte de una situación feudal; durante el siglo XIX se hacen críticas a la concepción del derecho de propiedad privado que son reflejo de una mayor atención al interés público.

³⁶ PORRES MARTIN-CLETO. "La Desamortización en el siglo XIX en Toledo". Toledo: 1966.

³⁷ ESTAPE, F. "La reforma tributaria de 1845...".

Este concepto del artículo 348 del Código está mucho más cercano a una posible conciliación o convivencia de los intereses privados con el interés público o social que del individualismo que, por regla general, ha entendido la doctrina que se desprende del Codé. Todo ello a pesar de las dudas que se tienen sobre el carácter romanista de este artículo 544 del Codé ^{38 39}.

Y ello se matiza porque aunque es frecuente doctrinalmente mantener que el concepto romano y su reflejo napoleónico de la propiedad era absoluto, nunca existió una noción radicalmente así de la propiedad ⁴⁰ en Derecho Romano.

En la nueva concepción que se debe ius-naturalismo racionalista al código napoleónico y a la pandectística alemana, se resalta su contenido, describiendo la extensión de facultades y aludiendo a sus limitaciones. Respecto de las limitaciones, en 1904 con motivo del centenario del código civil francés, ya señalaba Terrat que se daría una idea incompleta de los límites al concepto de la propiedad, si se enumerasen sólo los impuestos por el Código Civil. El Derecho administrativo los multiplicó, de ello ya era consciente el legislador español en 1889. Y así en el proyecto civil español de 1851 según su principal autor, García Goyena se citaba "sin más limitaciones que los que prevenieren de las leyes y reglamentos". Se suprimía "de la manera más absoluta" ⁴¹. Pese a ello la doctrina se dejó llevar por la idea de lo absoluto de este

³⁸ PESET, M. "Propiedad antigua y...". p. 123.

³⁹ DI MARZO. "Le basí romanistiche del Codice Civile". Turín: 1950 p. 158-159.

⁴⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. Y PEDREIRA ANDRADE, A. "Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial". 2ª Ed. Madrid: Ceura, 1993, vol. I. p. 554.

⁴¹ RODOTA, S. "El terrible derecho...". p.

derecho⁴². La mayoría de los autores en esta época se inclinan por un concepto individualista y absolutista; algunos radicalmente (DE CARDENAS, BENITO GUTIERREZ). Ni siquiera se vieron estas opiniones reflejadas en el art. 348 del Código que abrió una posibilidad a las limitaciones, ni por la jurisprudencia que entendió amplias las limitaciones. En opinión de X. O'CALLAGHAN ahora la propiedad ya no está circunscrita en su configuración al Derecho civil como parecía en la época codificadora ⁴³. Por tanto, parece que pese a tener un fuerte componente individual en el concepto del art. 348 el codificador preveía de alguna manera la compatibilidad con el interés público en la utilización del bien. Y creo que así fue porque para llegar al carácter de individualismo en la propiedad en el siglo XIX tenía que utilizar la ley para impedir ese uso absolutista del derecho de propiedad, aunque no se sabe si las excepciones iban a ser tan numerosas. Por eso el legislador redactó un precepto lo suficientemente elástico para poder adaptarse a la nueva situación ^{44 45}, como por otra parte no podía ser de otra manera; en su época ya estaba influenciado y en España también, de la corriente que no defendía la propiedad vinculada ilimitadamente. Mas si se debe llegar a una conclusión; en su época el Código guarda una relación estricta de parentesco con el art. 544 del Codé que a su vez es hijo

⁴² O'CALLAGAN, X. y PEDREIRA, A. "Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial". Madrid: Ceura, 1993. Tomo I. p. 555, donde hace un repaso de la doctrina de la época anterior al Código.

⁴³ O'CALLAGHAN, X. Y PEDREIRA, A. "Introducción al Derecho...". p. 556.

⁴⁴ CASTAN, J. "Derecho civil". p. 71.

⁴⁵ MONTES, V. "Comentarios al Código civil...". p. 132.

legítimo de la "Declaración de los derechos del hombre de 1785"⁴⁶. Como en ningún otro tema de Derecho el problema de la propiedad es fundamentalmente histórico. Es por ello por lo que hay que detenerse en los orígenes e influencias próximos del precepto legal, que sin embargo, han quedado ampliamente superados en la época actual. Valga como idea general que el Código Civil responde, ya más matizadamente, a las ideas burguesas del siglo XIX; otra conclusión sería errónea⁴⁷. Pero hay que señalar los intentos por superar esta visión de la influencia del Codé Francés de 1804 y como si fuera un "palimpsesto antiguo" como dice Grossi,⁴⁸ se debe preconizar una lectura sin prejuicios y crítica del artículo 544. Se ha caído en ver sólo la expresión "de la maniere la plus absolue" y no se ha entendido otra cosa. Según Grossi este artículo encierra en sí una doble escritura: se dejan sin describir los poderes, de otro se bosqueja un elenco de poderes: gozar y disponer⁴⁹. Y ello fue fruto de la retórica decimonónica de la nueva propiedad que resulta liberadora que caló muy hondo en la mentalidad jurídica.

Por último, debe significarse que la concepción individualista de la propiedad es una fase de la evolución del derecho, una fase de tan grandísima importancia que por su duración se la

⁴⁶ MONTES, V. "Comentarios al Código Civil...". p. 132.

⁴⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M. "Derechos reales y Derecho Hipotecario". Madrid. Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1982. p. 110.

⁴⁸ GROSSI P. "Propiedad y propiedades". (un análisis histórico). (Traducida por A. López). Madrid: Cívitas, 1993, p. 124 y GROSSI, P. "La proprietá e le proprietá nell officina dello storico" en la "Revista Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico". Roma: Giuffrè, 1988, nº 17.

⁴⁹ GROSSI, P. "Propiedad y...". p. 125.

identifica con la representación del derecho de la propiedad por excelencia ⁵⁰. A los jurisconsultos romanos es debida la construcción sistemática del Derecho de propiedad ⁵¹. Mas no sólo los romanos sino los pandectistas y romanistas fueron quienes continuaron la obra de perfilar el derecho del dominio, acentuando en él todavía sus notas individualistas. De ello ha sido heredero nuestro codificador; en concreto los juristas que estudiaron la propiedad no pudieron ser inmunes a una corriente jurídica que hará siempre tomar en cuenta la tradicional doctrina acerca del derecho de propiedad. Pues afirmaciones como la de WINDSCHEID que conceptuaba la propiedad como la plenitud del derecho sobre la cosa" o que la propiedad como tal es ilimitada; es la negación de la limitación" ⁵² han sido objeto de comentario en la Temática y lo serán siempre; justo es reconocer el fruto de la obra de estos grandes juristas con los que se puede coincidir o no, pero cuya influencia ha sido indiscutible.

⁵⁰ CASTAN, J. "La Propiedad y sus...". p.

⁵¹ CASTAN, J. "La propiedad y sus...". p. 45.

⁵² Ver SALEILLES, R. Le Code civil et la méthode historique, en volumen colectivo "Le Code Civil" (1804-1904) - Livre du Centenaire, I, París 1904.

3.- PERMANENCIA DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD HASTA EL CODIGO CIVIL

Pese a existir concepciones diversas del derecho de la propiedad, a lo largo de la evolución histórica se observa una constancia de la idea de la misma, idea como tal, que no concepto. Se debe intentar analizar a lo largo de esta evolución qué idea de propiedad perdura en el devenir histórico. Si habíamos señalado que el individualismo y el colectivismo afloran en determinados momentos, siempre existe un núcleo inmutable en esas concepciones que, a veces, permanece así subliminalmente. Se trata de ver cuál sea ese núcleo inmutable a lo largo del tiempo: será lógico que la época más moderna se conserven los logros de las anteriores. La idea de que la propiedad no constituye un derecho absoluto se remonta a la influencia romana clásica, según estudios de SCHULZ¹. Lo que se puede observar desde los orígenes de la concepción romana, es que el cambio dogmático ha sido un devenir de la titularidad y el ejercicio, con una serie de mutaciones que se han venido repitiendo en la idea de la propiedad y en el régimen jurídico de la institución². Hasta qué punto podría hablarse de un cambio en el ejercicio del derecho más que de su concepto, es algo que se ha planteado parte de la doctrina³. De todas formas, hay que aclarar que incluso si tratamos de una determinada etapa histórica, el propio concepto no queda exento de matizaciones⁴. En Roma, según BONFANTE el régimen jurídico de la

¹ TORRES LANA, J.A. "La configuración jurídica del volumen de edificabilidad". Pamplona: Eunsa, 1975. p. 66.

² MONTES, V. "La propiedad privada...". p. 59.

³ MONTES, V. "La propiedad privada...". p. 81.

⁴.- DE LOS MOZOS, J. "El derecho de propiedad: crisis...". p. 6.

propiedad privada sólo alcanza madurez en la Fase Tardo-republicana ⁵. En esta época, que se caracteriza por un poder del "pater familias" sobre el "dominium" como el más amplio derecho privado que cabe tener sobre una cosa; por tanto, un derecho de dominación exclusiva sobre ella.

El Derecho postclásico recorta el concepto absoluto de la propiedad; aparecen muchas más limitaciones del dominio y se llega a descomponer el sistema jurídico romano. En esta época es en la que la "legislación", las llamadas constituciones imperiales toman una importancia inusitada. Se protegía todo tipo de situaciones posesorias y en un período decadente de inseguridad jurídica.

En el Derecho germánico se ha de destacar un concepto de propiedad basado en los principios de comunidad y solidaridad ⁶. Se puede estudiar en una época de la que en Roma ni tenemos datos, la llamada propiedad colectiva de la tierra como algo generalizado. El propietario entre los germanos no era común que poseyese una porción determinada de tierra con límites propios ("De bello Gallico" VI, 22. César). Más adelante Tácito señala en un texto la aparición de la casa y el trozo de tierra circundante como algo aceptado ⁷.

⁵ BONFANTE, P. "Res mancipi e nec mancipi". Roma: 1888-1889.

⁶.- CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho civil español, común y foral". 12 Ed. reimpresión cuando cita "De bello Galhico VI, 22", César. Barcelon: Reus, 1988-92, T. II. Vol. I. p.

⁷ SANCHEZ ROMAN, F. "Derecho civil". Madrid: 1900, 2ª Ed. aumentada. Tomo 3º, que en su sección segunda trata la evolución histórica del derecho de propiedad en Roma, indicando que siempre hubo un sentido social del derecho de propiedad, incluso en la época primera.

El feudalismo influyó decisivamente sobre el derecho de propiedad: ¿Qué permanece en esta época del concepto anterior?. Aparece que la propiedad inmobiliaria se divide y se limita. En el feudalismo ocurre un fenómeno que transforma al derecho: se confunden el dominio de la tierra y la jurisdicción y se concede ese dominio por el monarca a los señores a cambio de tributos ⁸. El cultivo directo es el último elemento de una estructura, pues el señor le protege, es un garante en el disfrute de la propiedad, y el cultivador tenía un perpetuo derecho configurándose un dominio inferior o útil frente al dominio directo del concedente. La propiedad pese a estar dividida reconoce la absoluta titularidad del concedente; lo que está limitado es su ejercicio.

En el feudalismo la propiedad se caracteriza por ser dependiente. Tampoco se pretende profundizar en el punto de la influencia del Cristianismo en la propiedad. Principalmente porque no se formuló un ideal de concepto social de la propiedad en una teoría jurídica como tal. Negar su importancia no sólo no es justo, sino metodológicamente equivocado. De hecho la Iglesia contribuyó a fomentar el régimen feudal de la propiedad en parte porque el poder político le obligó ⁹.

La Época moderna se encuentra con una propiedad de marcado carácter feudalista: la propiedad estaba unida a la soberanía, al poder político. El concepto era el romano clásico; el sujeto que ejercitaba ese poder era lo que había sido transformado. Si bien la propiedad libre que es excepcional en el feudalismo, se halla presente siempre (en menor medida) ¹⁰, la regla general

⁸ LACRUZ, J. "Elementos de Derecho Civil". 3ª Ed. reimpre-
sión. Barcelona: Bosch, 1990, Tomo III, Vol. I. p. 101-102.

⁹ CASTAN, J. "Derecho Civil". p. 103.

¹⁰ DE LOS MOZOS, J.L. "El Derecho de propiedad: crisis...".
p. 24.

es la antes citada, y esa regla general se mantiene a lo largo de todo el Antiguo Régimen ¹¹. El procedimiento de recuperación de la esencia de la libertad en el ejercicio del derecho de propiedad es más propio de una Historia del Derecho. Por ahora, baste decir que la Revolución francesa tenía como base en el tema de la propiedad, salvaguardar la frente a los poderes públicos. Se insistía en el carácter absoluto del poder del propietario; ello era necesario frente a otro poder absoluto, el del Estado ¹². El pensamiento económico de la fisiocracia influyó también: la tierra era la única fuente de riqueza. El propietario debe tener las máximas garantías para ejercer su derecho, sobre todo frente al poder estatal. De nuevo el concepto romano clásico, en una palabra. Por eso en la codificación el concepto de propiedad se une al de contrato: para garantizar la libre circulación de bienes, para la consecución de la propiedad. Perdura la idea (pero las leyes la oscurecen) de una extensión máxima de las facultades del propietario.

Pese a estas transformaciones sociales que en nuestro derecho civil vemos que consisten en eliminar los residuos del feudalismo y demás vestigios de ese antiguo régimen, (el medieval para una opinión simplificadora), nuestro Código Civil se mantiene en una línea de seguimiento del Derecho común. Importante es señalar que el codificador pretendió ser armónico con respecto a la conciliación entre la soberanía individual, (que quería la Revolución francesa), del propietario y los provechos de un orden general y social. En verdad lo consigue; al menos como

¹¹.- DE LOS MOZOS, J.L. "El Derecho de propiedad: crisis...". p. 23 para ver tipos de propiedad.

¹² BERCOVITZ, R. "Qué es la propiedad privada". Madrid: Biblioteca de divulgación económica, 1977. p. 8.

orientación, pues la tendencia colectivista es incierta en la época del Código Civil¹³. Es por ello por lo que al hablar de permanencia en el concepto del derecho de la propiedad hasta la promulgación del Código Civil obtenemos las siguientes conclusiones:

- *Es el ejercicio del derecho lo que viene mostrándose cambiante, y en ese ejercicio varía, a menudo, el sujeto, pero la pretensión es la misma; ejercerlo de manera absoluta.*
- *Si muchas veces la titularidad del derecho ha estado dividida, el conflicto ha surgido por el ejercicio; quien tenía el dominio útil ansiaba el directo, se quería equiparar a él.*
- *El concepto romano clásico se mantiene en nuestro código, no sólo porque la ley de Bases ordenaba respetar la tradición jurídica, sino porque, en verdad, no se había ofrecido otro concepto distinto en todo ese tiempo.*
- *El código intentó ser receptivo a la faceta social del derecho de la propiedad de una manera tamizada y poco atrevida desde una perspectiva actual.*
- *Lo cierto es que seguimos hablando del mismo artículo 348 del Código Civil gracias a la previsión de sus redactores; aunque la vigencia del artículo 348 del Código asume el papel de proteger la propiedad, esta propiedad ya no es la burguesa en general¹⁴ sino la propiedad privada de los bienes de producción; que en potencia pueden transformar el orden social en gran manera.*

¹³ DE LOS MOZOS, J.L. "El derecho de propiedad: crisis...". p. 77.

¹⁴ BERCOVITZ, R. ¿Qué es la propiedad...". p. 70.

- *También con esa idea de propiedad que el código refleja, quedan en pie de igualdad todas las propiedades posibles y todos los propietarios.*

- *Como ocurre en algunos institutos de derecho privado, que son fundamentales, la evolución de la sociedad ha tendido a disgregarlos, obedeciendo a la complejidad; cuando la disgregación ha sido excesiva ha retomado un concepto más simple: eso ocurre en la propiedad; si existe como tal concepto, es porque resulta necesario poner orden en su transcurso histórico, buscando una permanencia por reducida que ésta se vea.*

- *El ambiente social y político de la época de promulgación del código produce la permanencia del concepto romanista que es patente y fuera de duda.*¹⁵

¹⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. y GULLON BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil". 5ª Ed. revisada y puesta al día. Madrid: Tecnos, 1990. Vol. III. p. 176.

4.- PARADIGMA O EJEMPLO DEL DERECHO SUBJETIVO MAS PERFECTO. PLANTEAMIENTO

Dentro de los institutos de derecho privado destacan algunos por su capital importancia. Entre ellos emerge la categoría de derecho subjetivo que encuentra su propio acomodo en el derecho de propiedad. Ciertamente, el derecho subjetivo tiene su origen conceptual en la pandectística alemana del siglo XIX y sus brillantísimos científicos y de ellos somos herederos. No se puede nunca desconocer, su aportación intelectual, su creación jurídica. Ellos mismos son los que proponen al derecho de propiedad como ejemplo de su concepción del derecho subjetivo, que reafirma la libertad del individuo en el ejercicio de un poder que le concede el Ordenamiento Jurídico. Es la gran aportación del modelo pandectístico-napoleónico. Dice GROSSI ¹ que ningún discurso jurídico se halla tan tiznado de bien y mal como aquel que se refiere a la relación hombre-bienes. De ahí las reacciones airadas a las concepciones perfectas, como ésta. La ideología y las connotaciones éticas y religiosas influyen sobre el instituto en la relatividad del devenir. Ello ocurre en la época que tratamos, segunda mitad del siglo XIX, cuando se cree haber llegado a una concepción perfecta que no tiene fisuras ni oscuridades aparentemente; mas si las puede tener; en cualquier caso surgen después y es mucha la fuerza que esta visión dogmática ha ejercido con respecto al derecho de la propiedad. Pese a que se puede sostener que el sistema pandectístico está desfasado es necesario rememorar la consciencia del pasado²; ella nos hace menos pobres a la hora de entender el presente y nos libera del vicio del

¹ GROSSI, P. "Propiedad y propiedades". Análisis Histórico. (Trad. López y López). Madrid: Civitas, 1992. p. 31.

² Lo veremos al hablar de la Función Social. El concepto jurídico aparece en una época moderna; pero la idea está latente desde las primeras comunidades humanas, aunque no hubiere tomado forma ni siquiera como razonamiento.

dogmatismo, propio de muchos civilistas ³. Sin embargo, la concepción que se comenta es la más valiosa porque permanece en él y en la forma sobre todas las demás en el tiempo y propuestas por la doctrina.

Es difícil en Derecho civil no tocar ciertos temas que aparecen como pacíficos. Esto ocurre en el epígrafe presente. Se parte del concepto de "relación jurídica" para encuadrar su tratamiento. La relación jurídica es una relación entre personas a la que el Derecho ha ligado consecuencias jurídicas. Se puede definir como nexo jurídico que una entre sí a sujetos de derecho ⁴. *El derecho subjetivo es el poder concedido por el Ordenamiento jurídico, a la persona, para la autosatisfacción de los intereses dignos de protección* ⁵. *Es una posibilidad de actuación legal, una facultad o un conjunto de facultades vinculadas a la decisión de la persona que puede usarlas en defensa de sus intereses, en la medida que las normas permitan y hasta el límite de un ejercicio fundado en la buena fe* ⁶. *El Derecho objetivo limita y configura el poder natural de las personas para convertirlo en un poder jurídico. Este esquema encuentra un acomodo perfecto, según la doctrina cuando se trata del derecho del dominio sobre las cosas. Es más, ha significado por excelencia el paradigma del concepto del derecho subjetivo. Como se ha visto, nuestro Ordenamiento parte de la Codificación francesa y de sus ideas. La Revolución francesa había llevado dos ideas a la mente del legislador: la identificación de la propiedad con la esfera*

³ Lo indica A. López en el prólogo de la obra de GROSSI, P. "Propiedad y...". p. 11.

⁴ O'CALLAGHAN, X. y PEDREIRA, A. "Introducción al Derecho...". p. 299.

⁵ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. "Compendio de Derecho civil". 2ª Ed. Madrid: Edersa, 1992, Tomo I. p. 159.

⁶ PUIG BRUTAU, J. "Introducción al Derecho civil". Barcelona: Bosch, 1981. p. 395.

de libertad del individuo y su concepción dogmática como derecho subjetivo anterior al Estado⁷. Ello obedece a unas coordenadas históricas provenientes de una cultura, (Renacimiento, cristianismo, hasta llegar a DUGUIT y a KELSEN. Parece ser que el concepto de derecho subjetivo nace después que el Derecho objetivo⁸. Ello podría resultar extraño por cuanto el individuo concibe un concepto antes cuanto más le afecta. En el derecho romano el carácter público del derecho impregnó a todo el sistema. La "actio" como algo que afectaba al individuo tenía un carácter netamente procesal. Como reacción del sujeto ante una situación que le parece injusta, reacción que el "iudex" debe resolver, a veces, sin norma en que apoyarse. Este concepto de derecho subjetivo se vislumbró en OCKAM. La Escolástica distingue entre la norma y la facultad o poder que corresponde al sujeto, lo que ya le dota de categoría autónoma. En este transcurrir histórico el "iusnaturalismo racionalista" (S. XVII, S. XVIII) acentúa más esa separación que hemos indicado. El individuo posee con independencia del Derecho objetivo la titularidad de ese derecho. El excesivo desarrollo del derecho subjetivo y de su idea hace surgir con más fuerza en el siglo XIX las ideas de "interés público" y de "orden social". Este siglo XIX representa la irrupción de otras doctrinas que supusieron la complejidad del debate. Surgen doctrinas debidas a grandes juristas siempre citado corroborado o no su visión del tema⁹. La expresión se introduce por los pandectistas del siglo XIX y por ende, primeramente en el campo del Derecho privado¹⁰. Sin entrar en las diversas concepciones que luego veremos¹¹, lo

⁷ ESCRIBANO COLLADO, P. "Propiedad privada urbana". Madrid: Montecorvo, 1979. p. 36.

⁸ SEGURA ORTEGA, M. "Teoría del Derecho". Madrid: Ceura, 1990. p. 157.

⁹ SEGURA ORTEGA, M. "Teoría...". p. 156-7.

¹⁰ LACRUZ, J. "Elementos de...". p. 239.

cierto es que el derecho de propiedad de todas sus estructuras formuladas, (interés legítimo, titularidad, pertenencia, obligación, creación legal...) ¹² la del derecho subjetivo es la que más ha permanecido ¹³. Se revela como el ejemplo más apropiado de la atribución de poderes y en ese concepto decimonónico el derecho no debe limitarse en su ejercicio. De ahí que el derecho de propiedad se conciba como absoluto, so pena de negar la categoría conceptual misma. Es necesario, para justificar el carácter de derecho subjetivo más perfecto, (tal cual lo conciben IHERING y SAVIGNY), recordar que en la época moderna el derecho de propiedad se presentaba como el que realizaba del modo más completo la eliminación formal de los privilegios, llevando así a la práctica, por lo menos en la codificación francesa, las ideas de igualdad y de libertad. Por tanto, la propiedad es un fiel reflejo de lo que se entiende como derecho subjetivo por excelencia; el haz de poderes sobre una cosa por parte del sujeto. En el siglo XIX la ciencia alemana le concibió como un "poder de la voluntad", SAVIGNY y WINDSCHEID o como un interés jurídicamente protegido (IHERING) también existieron notabilísimas posiciones que negaban la categoría de derecho subjetivo (KELSEN, teorías normativas... etc.).

Lo esencial en el concepto de derecho subjetivo es el elemento de poder para la autosatisfacción de intereses propios; la propiedad reflejaba este fin en una serie concreta y detallada de facultades; son posibilidades de actuación dentro del mismo: el ejemplo donde más fácil se advierte todo esto es en la propiedad. Cuya estructura de sujeto, objeto (realidad social sobre la que recae el poder concedido al sujeto) y contenido, (poder del sujeto sobre el objeto), es la

¹¹ DIEZ-PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho civil...". p. 723.

¹² SUSTAETA, A. "Propiedad y...". p. 89-100.

¹³ RODOTA, S. "El terrible...". p. 127.

misma que para cualquier otro derecho subjetivo. Más modernamente, se han podido concretar las dificultades con las que se topa la tentativa de mantener la construcción sistemática de la propiedad en el esquema clásico del derecho subjetivo ¹⁴. Sobre todo cuando se ha contrapuesto a la categoría llamada "función". Algo en lo que se profundizará al hablar de la función social de este derecho. Se trata de ver la compatibilidad de ambas categorías ¹⁵. Dentro de estos derechos subjetivos existen diversas fases y diversas clasificaciones: la propiedad es el derecho sobre las cosas exteriores a la persona ¹⁶ que existen en el tiempo y en el espacio. Frente a esa idea de propiedad que se ha defendido como el paradigma del derecho subjetivo, se opusieron ciertos partidarios de una concepción más social del Derecho; que éste no puede tener por fin y por papel la satisfacción de los intereses personales de cada uno, sino las de los intereses generales del grupo ¹⁷; situaciones sociales y solidaridad como principio son las que imponen la regla de conducta al individuo que cumple funciones sociales (Duguit).

Hay que convenir con LACRUZ, cuando asegura que estas observaciones no valdrían para desterrar del Derecho civil un concepto, como el de "derecho subjetivo" que responde de forma institutiva a valores arraigados en nuestra civilización: el valor del individuo y el respeto a la persona humana ¹⁸. La libertad, el desarrollo de la personalidad del sujeto sería algo incompatible con una organización en la que el hombre sólo cumpliera deberes que le

¹⁴ RODOTA, S. "El terrible...". p. 221.

¹⁵ RODOTA, S. "El terrible...". p. 230.

¹⁶ PUIG BRUTAU, J. "Introducción al...". p. 404.

¹⁷ LACRUZ, J.L. "Elementos...". p. 239.

¹⁸ LACRUZ, J.L. "Elementos...". p. 240.

impondrían otros: planificación.

El poder en que consiste el derecho subjetivo nunca es ilimitado, sino que lleva inherentes ciertos deberes, incluso cuando lo que confiere son las facultades más extensas y absolutas, como ocurre por excelencia en el dominio. En el fondo, el esquema del derecho subjetivo recoge el señorío del hombre sobre las cosas, una de las claves de la Historia de la humanidad. Históricamente es de tal intensidad la recurrencia del concepto de derecho subjetivo que ha oscurecido las demás concepciones sobre la propiedad que han existido. Han quedado en el olvido. Sin embargo, el siglo XX ha traído una gran transformación. Ese "poder" se va a ver replanteado, discutido, fundamentalmente por un cambio de contexto brusco: cuando existe un cambio social brusco, una crisis económica. Entendida la crisis como una situación económico y social violenta, de incertidumbre, de paro, de miseria... "Crisis" en el aspecto social entendida como esa situación coyuntural de una sociedad en la que las conductas individuales y sociales tienden a mostrarse especialmente desviadas y críticas con respecto a valores, normas y modelos de comportamiento que habitualmente aseguran la cohesión y la estabilidad del sistema social vigente ¹⁹. En ese deterioro de la estructura y la organización social hay que inscribir ese derecho subjetivo. En el origen de una crisis social suelen mezclarse factores de orden económico, político y cultural. Un momento social de "mutación" y de gran dificultad o complicación ²⁰. Todas las instituciones sufren esa "mutación" o "cambio social" y ese es el contexto en el que se concibe a la propiedad.

¹⁹ SALVAT UNIVERSAL, diccionario enciclopédico. Ed. Salvat, 16ª Ed. Reimpresión 1992. p. 31.

²⁰ "Diccionario de la lengua española". E. Real Academia Española, 1990. p. 397. Acepciones 1 y 7 de la palabra "crisis".

5.- CONCEPTO DE PROPIEDAD EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA MODERNA

Resulta conveniente realizar un repaso de la doctrina española mas moderna en un tema como el derecho de la propiedad. Si parecía a simple vista que daba la impresión que todos los autores realizaban una visión general muy análoga, lo cierto es que la riqueza de matices es importante y valiosa. Lógicamente, sería muy prolijo tratar el estudio de todos los civilistas, más aquí sí que se puede permitir ver el reflejo de los que han tenido más influencia en la doctrina, con una selección que puede parecer subjetiva. Destaca dentro de la doctrina clásica, en principio, la obra de CASTAN ¹. Su concepto de dominio es moderno, elástico, pues pese al transcurrir del tiempo sus anotadores lo han mantenido. La erudición histórica es importantísima para llegar a su concepto. La etimología de la palabra propiedad se deriva de su origen latino. A partir de ahí el autor refleja las diversas acepciones que este término puede tener dentro del orden jurídico (como relación jurídica de apropiación de un bien cualquiera, corporal o incorporal, o como cualquier relación jurídica de apropiación, plena o limitada, de las cosas corporales); parecele a CASTAN más correcto una acepción más restringida de la propiedad circunscrita en un doble sentido: recae solo sobre cosas corporales y a diferencia de los demás derechos reales, atribuye a su titular un poder general y pleno sobre la cosa. No concibe CASTAN distinción alguna ni histórica ni conceptual entre propiedad y dominio, sólo de distinto punto de vista ²: la propiedad es un concepto económico-jurídico. La palabra "dominio" tiene un significado predominantemente subjetivo, la "potestad" que sobre la cosa corresponde al titular; en cambio propiedad lo tiene objetivo, acentuando la relación de pertenencia de la cosa a la persona. De ahí que en el lenguaje corriente se hable de propiedad en un sentido general

¹ CASTAN, J. "Derecho Civil". p. 49.

² CASTAN, J. "Derecho Civil". p. 50

que abarca muchas formas de señorío sobre toda clase de bienes mientras que la palabra dominio se reserva, por lo general, en sentido técnico a las cosas corporales.

Si se debe de tratar un fundamento del derecho de propiedad la clasificación de Castán de las teorías acerca del mismo ha sido seguida sin fisuras por la doctrina posterior. En este trabajo la polémica de por qué existe la propiedad no tiene sentido. Unas doctrinas llamadas clásicas que fundamentan el derecho de propiedad en un acto individual (de la ocupación de GROCIO, PUFFENDORF) o de la ley que crea la propiedad (NUNTERGUIEAU, BENTHAN) ³. No se limita a designar una a una las teorías, sino quiere ser crítico con ellas; las teorías de la ocupación y del trabajo sólo justifican la propiedad en lo que no son más que modos de adquisición. La teoría de la convención pese a que dan entrada a la voluntad general para el reconocimiento y respeto (como garantía social), en realidad no justifican tampoco la institución misma. Igual le ocurre a la Teoría de la ley que regula y condiciona el dominio, pero no lo crea ⁴.

Es crítico con las teorías más modernas (las teorías de orden racional, teorías de Hegel, Miraglia, que conciben la propiedad como una extensión de la personalidad. No acepta las teorías que buscan un principio de orden sociológico como fundamento del derecho de propiedad (LERAY-BEAULIEU), o las concepciones positivistas y sociológicas... unas porque acentúan el aspecto individual de la propiedad (teorías del orden racional, otras por decir exclusivo papel al aspecto social (teorías sociológicas). Encuentra el fundamento del derecho de propiedad en las necesidades del hombre, así como la compatibilidad entre el colectivismo y el individualismo. Su evolución histórica es documentada y replanteadora, sobre todo (la del derecho) al analizar

³ CASTAN, J. "Derecho Civil". p. 52.

⁴ CASTAN, J. "Derecho Civil". p. 53

el feudalismo y la influencia del cristianismo ⁵. *La perspectiva de la propiedad en la fecha de aparición de la obra era moderna. Entiende CASTAN que la propiedad mobiliaria ha crecido en importancia. Se asume el modelo del régimen individualista romano en la propiedad inmueble. También observa el crecimiento de algunas formas de propiedad colectiva y una multiplicación creciente de las limitaciones de la propiedad* ⁶. *La evolución del derecho de la propiedad en España es igualmente valiosa y detallada. Para recoger sus orientaciones modernas del derecho de propiedad, en concreto argumenta la crítica de la organización individualista del derecho de propiedad, que era característica del siglo pasado. Alaba el papel de la Revolución francesa para acabar con las vinculaciones que tenían a la propiedad aprisionada en manos del dueño, pero a su vez critica la concepción del derecho de la propiedad como uno de los más innatos y más sagrados que hacían difíciles todas las reformas de tipo social. Algo que se reflejó en los códigos civiles del siglo pasado, incluido el nuestro. Sostiene la necesidad de transformar el instituto de la propiedad y lo ve en la influencia de los sistemas socialistas en aquella época en apogeo; así también señala las doctrinas que califica de reformistas o intermedias que ya no consideran el derecho de propiedad como ilimitado y absoluto, sino como un derecho de ejercicio racional y limitado, con una función social muy importante. La influencia de la doctrina social de la Iglesia también las señala con gran minuciosidad* ⁷, *para concluir con una visión actualizada del derecho de propiedad a través de las orientaciones técnico-doctrinales y políticas (comunismo, reformas agrarias) y lo resume en dos notas:*

⁵ DE LOS MOZOS, J. "Estudio sobre el derecho de cosas". Madrid: Nontecorvo, 1987. p. 141 cuando habla de la idea tomasiana de propiedad.

⁶ DE LOS MOZOS, J.L. "Estudio sobre...". p. 63.

⁷ DE LOS MOZOS, J.L. "Estudio sobre...". p. 78-79.

- *Una rectificación del sentido individualista de la teoría tradicional.*
- *Una diversificación de los regímenes jurídicos de la propiedad impuesta por la existencia de múltiples y particulares clases de propiedad que la complejidad social va creando, haciendo ya difícil el establecer principios uniformes y una teoría unitaria del derecho de la propiedad.*

En definitiva una obra influyente que recoge tendencias posteriormente asumidas. La obra de CASTAN en su origen una obra renovadora que conserva frescura y erudición.

La aportación intelectual de ESPIN CANOVAS, recoge la definición tradicional de la enumeración de las principales facultades que integran su contenido ⁸. Se muestra partidario del concepto moderno del dominio del poder más amplio que puede tenerse sobre la cosa, en esto sigue a WOLFF y a FERRINI. Esto no supone, desde la perspectiva actual ninguna innovación metodológica.

Del concepto del art. 348 del Código civil formula ESPIN CANOVAS una crítica como es la de que no regula una limitación en el orden interno (el abuso del derecho o el uso antisocial de la propiedad) como han hecho otros códigos germánicos B.G.B. 903 y el suizo (art. 641). El autor basa su crítica del concepto legal; la desarrolla a través de la función social de la propiedad y de sus limitaciones. No supone una nueva visión del derecho de la propiedad que rompa con el resto de la doctrina.

⁸ ESPIN CANOVAS, D. "Manual de Derecho civil español". Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1985, Vol. II. p. 69.

El profesor LACRUZ BERDEJO ⁹ realiza un desarrollo histórico desde Roma y los pueblos germanos, contraponiendo el espíritu romano y la colectividad del pueblo germano, la propiedad dividida, en la Edad Media ofrece un trato detallado para entender la evolución. Se detiene en lo que para él es un paso decisivo en el concepto: la separación entre propiedad y poder económico, y lo plantea en el sistema capitalista de la sociedad anónima, así como de la propiedad y el control en esa misma figura jurídica ¹⁰. También realiza Lacruz Berdejo una crítica de la definición del dominio como suma de facultades singulares.

La propiedad clásica no dejó de ser consciente del carácter totalizante de la misma, pero a la vez los propios clásicos descomponían el dominio en atributos (ius utendi, ius fruendi, ius abutendi, ius vindicandi...).

Se critica esta concepción enumerativa de la propiedad pues las que dan una imagen constitutiva exenta de gravámenes, dice Lacruz, no valen para caracterizar la propiedad en cuanto a tal. Y cita como ejemplo el mismo derecho de disponer. Por otra parte, le resulta ocioso el intento de enumerar exhaustivamente o de clasificar las posibilidades de actuación del dueño que son imaginables. Es más difícil decir lo que el propietario no puede hacer, que enumerar todos los actos que puede realizar expresamente, citando a STOLFI. Dice que la doctrina hoy está de acuerdo en que la suma de las diversas facultades del dominio no recomponen la propiedad. Es interesante lo que llama LACRUZ la valoración social y ética de la propiedad; el colectivismo, que destaca la importancia del interés general; ello apoyado por la doctrina de la Iglesia y el socialismo. Es la visión global la que se pretende reflejar de todos los autores consultados, pues los temas puntuales función social límites y limitaciones, etc., serán tratados en su respectivo

⁹ LACRUZ BERDEJO, J. "Elementos de...". p. 167

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, J. "Elementos de...". p 174.

lugar. Así como el análisis que cada uno de ellos realiza en cuanto a la propiedad inmobiliaria: urbana y rústica.

Por lo general todos los consultados tienen una visión muy parecida en cuanto a las facultades que confiere el dominio. De ello quizá se pueda obtener unos elementos conceptuales de tipo inmutable.

Así J. PUIG BRUTAU ¹¹ concibe el derecho de propiedad limitado aún reconociendo ese contenido o núcleo de carácter romanista que no se puede desconocer. Reconoce que en la definición del derecho de propiedad siempre ha incluido una referencia a sus límites, pero de ser éstos considerados como una excepción a la plenitud de potestades contenidas en el dominio, han pasado a ser el principal elemento configurador del derecho.

Lo que ocurre es que los códigos civiles dieron la impresión de que podía sostenerse un concepto unitario del derecho de propiedad en el que las limitaciones eran admitidas como algo excepcional (código francés 1804), código civil alemán... Sin embargo la realidad del Derecho vigente es muy diferente y está de acuerdo con MONTES PENADES en que el art. 348 del Código civil es una regla superada por sus propias excepciones.

Visión importante del problema es la que tiene ALBALADEJO ¹². Para este civilista los términos de propiedad y dominio son sinónimos y también reflejan sus acepciones propias e

¹¹ PUIG BRUTAU, J. "Compendio de Derecho Civil". 2ª Ed. y puesta al día. Madrid: Aranzadi, 1972, Vol. III. p. 63.

¹² ALBALADEJO GARCIA, M. "Derecho civil". 7ª Ed. Barcelona: Bosch 1991, Tomo III, Vol. I. p. 243.

*impropias*¹³. En forma rigurosa define la propiedad como el poder jurídico pleno sobre una cosa, es decir, el poder de someterla a nuestra voluntad en todos sus aspectos y obtener toda la utilidad que pueda prestar en cualquiera de ellas.

*Pero poder pleno no quiere decir ilimitado. La misma ley pone límites al derecho de propiedad, es decir, establece unas fronteras más allá de las cuales no llega el señorío que se reconoce al titular sobre la cosa. Esto es lo que llama Albaladejo derecho de propiedad en abstracto. La propiedad como poder unitario sobre la cosa, y las facultades que encierra. El derecho*¹⁴ *de propiedad es un señorío global del que las distintas facultades o posibilidades respecto de la cosa son sólo manifestaciones, usar (ius utendi), disfrutar (ius fruendi), abusar (ius abutendi), poseer (ius possidendi), disponer (ius disponendi), reivindicar (ius vindicandi). Del art. 348 del Código Civil obtiene este autor dos conclusiones:*

- *Aparece recogida la tendencia de definir el derecho de propiedad mediante enumeración de las facultades que encierra: (gozar, disponer, reivindicar).*
- *Se pone, asimismo, de relieve que no es un poder ilimitado sobre las cosas, sino reducido al ámbito de señorío que la Ley no excluya.*

Según ALBALADEJO, para el civilista el fundamento del derecho de propiedad no se ha de basar filosóficamente. Parte de que lo admite el Ordenamiento y hay que estudiar qué sea la propiedad. Es lógico que el Derecho que tiene el papel de organizar la convivencia de los hombres reconozca y conceda el poder sobre las cosas y que lo proteja la ley. La concesión se

¹³ ALBALADEJO GARCIA, M. "Derecho civil" p. 244.

¹⁴ ALBALADEJO GARCIA, M. "Derecho civil". p. 245.

puede realizar a la Comunidad o al Estado: (propiedad colectiva o pública) o a los particulares, denominada propiedad privada o individual.

Respecto de la propiedad privada puntualiza:

- *Que nuestra ley la admite, estimando que, para poder cumplir la misión de servir con su objeto las cosas a los fines humanos, es más apta en numerosos casos que la colectiva, según este autor.*
- *Sobre la propiedad privada se apoya uno de los pilares básicos de nuestra organización y nuestro Ordenamiento jurídico.*
- *Que puede recaer --en principio-- sobre toda clase de bienes.*

DIEZ-PICAZO y GULLON realizan un tratamiento del derecho de propiedad que concilia la tradición más pura civilista con ideas originales e innovadores. Conciben la relación del hombre con las cosas como uno de los motores de la historia de la Humanidad ¹⁵. La propiedad y su regulación jurídica la contempla como una influencia de las ideas sociales, políticas y económicas que en un período determinado sacuden a las naciones. La definición legal de la propiedad está por tanto, influenciada por el ambiente histórico en que se formula. Su concepción de la propiedad como enumeración de facultades de tres facultades (gozar, disponer y reivindicar) es crítica porque las facultades dominicales son muchas más, no se pueden encerrar en tres verbos. Más que una definición, mas o menos perfecta desde el punto de vista dogmático-jurídico, lo que le interesa es lo que el propietario puede hacer o no hacer, en otras

¹⁵ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, L. y GULLON BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho civil". 5ª Ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 175.

palabras, la cuestión de las limitaciones establecidas por las leyes. La propiedad ¹⁶ del Código Civil según DIEZ-PICAZO y GULLON posee las siguientes características:

- *Nuestro Código se halla impregnado de un agrarismo fundamental. La propiedad está destinada a la explotación agrícola de la tierra.*

- *Es sabido su signo liberal-individualista. La propiedad es propiedad individual. La propiedad colectiva o alguna de sus formas no se concibe todavía.*

- *Se encuentra también el absolutismo de la propiedad. La propiedad llega hasta el cielo y hasta lo más profundo de la tierra (art. 350 Código Civil).*

- *Hay lo que se puede llamar una defensa del "statu quo" frente a la dinámica de las transformaciones económicas. Las obras y plantaciones pertenecen al propietario, como regla general.*

- *Por último, la propiedad del Código Civil es una propiedad de un régimen de plena libertad de comercio. Se trata de suprimir las trabas y obstáculos y hacer libres las transacciones (arts. 781 y 785). El propietario puede convertir libremente en dinero su propiedad (lo que más interesa a estos autores son las limitaciones de este derecho de propiedad).*

En esta visión --incompleta por necesidad-- de la doctrina moderna por último trataremos la obra de O'CALLAGHAN. Autor que en su obra sostiene un concepto unitario del derecho de

¹⁶ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, L. y GULLON BALLESTEROS, A. "Sistema de...". p. 177.

propiedad compartiendo plenamente la definición de WOLFF¹⁷ que cita: "El más amplio poder de dominación que el ordenamiento jurídico permite tener sobre las cosas". Distingue entre un concepto legal y doctrinal de la propiedad. Es su concepto legal del art. 348 del Código Civil recoge las críticas tanto técnicas como de tipo político (excesivamente liberal). Encuentra un defecto en el código en su definición pues el mismo no debe atribuirle un contenido, tiene que ser la doctrina la que debe definir este derecho.

Pero, pese a las críticas, expresa que el concepto de derecho de propiedad en el Código Civil¹⁸ no hace sino reconocer que es el "más amplio poder que el Ordenamiento público o privado reconoce sobre la cosa". Concepto que le parece amplio y adaptable. Sin embargo, hace notar desde el principio sus grandes limitaciones, sin examinarlas el concepto queda insuficientemente configurado¹⁹.

El fundamento del derecho de propiedad es tratado tomando como base a diversos autores. La evolución histórica del derecho de propiedad queda dividida en una concepción romana, una concepción medieval y una concepción moderna²⁰. En su concepción actual, orientaciones actuales --indica el autor--, sistematiza el sistema capitalista y socialista como tendencias políticas y sociales. Sin embargo, señala que nuestro Derecho es coincidente esencialmente con

¹⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. "Compendio de derecho civil". 2ª Ed. revisada. Madrid: Edersa, 1988, Tomo III. p. 71.

¹⁸ O'CALLAGHAN, X. "Compendio de...". p. 79.

¹⁹ O'CALLAGHAN, X. y PEDREIRA, A. "Introducción al Derecho...". p. 552.

²⁰ O'CALLAGHAN, X. "Compendio de Derecho civil". p. 78.

los Derechos occidentales europeos. Califica al derecho como subjetivo --derecho de propiedad privada-- pero señala la función social como cada vez más importante.

Destaca su pluralismo jurídico en la propiedad, incluso hasta el punto de que es difícil poder hablar de un derecho de propiedad como institución unitaria e idéntica normativa. El aspecto más destacable de este autor es su tratamiento y distinción entre los límites y limitaciones del derecho de propiedad. Distinción dogmática interesante, pero no susceptible de ser tratada en esa línea, desde el aspecto sociológico-jurídico.

En cualquier caso podemos fijar unas ideas generales: todos ellos reconocen que el concepto de derecho de propiedad en el Código Civil es heredero del Derecho romano y de su carácter de absoluto. Destaca la idea de la propiedad muy ligada con el concepto de libertad: es una condición de la libertad la de la existencia de la propiedad. Sin embargo, la doctrina civilista ha sido consciente de la evolución de la propiedad desde muy pronto, véase la obra de Castán (1944-1950). Se tiene una idea de que en la propiedad hay una problemática que es difícil resolver con un dogmatismo exacerbado como ocurrió en el siglo XIX. Todos citan a estos precedentes pandectísticos de la ciencia alemana; se parte de ahí como reacción de un nuevo concepto. En el fondo, como dicen DIEZ-PICAZO y GULLON, el concepto de propiedad es el reflejo de unos cambios económicos y sociales y la doctrina moderna realiza un esfuerzo para actualizar el Código Civil en esta materia.

Esto hace que se produzca una evolución en la propia doctrina civilística. Ya no se puede --y los que hemos llamado modernos lo empiezan a vislumbrar-- tratar el derecho de propiedad reflejando el concepto legal (liberal) y remitiéndose a la legislación especial en otros temas. El civilista no debe limitarse a eso, pues sucede, como dice MONTES, que los límites del derecho han empequeñecido el núcleo del derecho mismo de tal manera que la visión ha cambiado por completo.

Se ha repetido que una institución puede evolucionar necesariamente, pero ninguna razón jurídica existe para quitar valor a las concepciones más antiguas. De ahí que es correcta la manera de enfocar el derecho de la propiedad en nuestra doctrina. En la época de crisis económica, sin embargo, no puede hacerse un análisis tan aséptico del concepto de la propiedad sin implicaciones de tipo político o económico como hacen la mayoría de estos autores.

6.- CARACTERES ESENCIALES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La doctrina ha encontrado en el derecho de la propiedad unas características que se han considerado para algunos indiscutibles, cuando en el tema esto es algo que se presenta como polémico.

Tradicionalmente, ha sido la doctrina civilista pacífica en este punto. El presupuesto de esta concepción lo constituye la constatación de que la propiedad ha sido históricamente el modelo o paradigma de derecho subjetivo, en el que es fundamental el otorgamiento de máximo poder para el individuo ¹. Es tan cierto esto que llega a ser tan amplio ese poder que atribuido el derecho se desinteresaría de su ejercicio ²; en otra parte del trabajo se tiene que ver hasta qué punto estos caracteres pueden permanecer vigentes hoy en día. Toda la doctrina empieza hablando del carácter ABSOLUTO del derecho de la propiedad. La nota de absoluto no puede entenderse en el sentido de despótico ni puede oponerse a que el dominio tenga limitaciones impuestas por el interés general ³. Para algunos autores este carácter es pretendido, pero no es real, pues la propiedad, no obstante ser el derecho más pleno que puede ostentar el hombre sobre las cosas, nunca ha sido ni será históricamente un derecho absoluto ni ilimitado, sino que ha estado "delimitado" por el ordenamiento jurídico. Desde ese prisma se ha de partir ⁴. Otros autores citan este carácter bajo otra nomenclatura llamándolo exclusivo entendiendo la

¹ MONTES, V. "Comentarios al Código Civil...". p. 107.

² RODOTA, S. "El terrible...". p.

³ CASTAN, J. "Derecho Civil". p. 91.

⁴ LASARTE, C. "Curso de Derecho...". p. 223.

posibilidad de eliminar a cualquiera de la misma relación de la cosa ⁵. En cualquier caso la idea es la misma. ESPIN lo refleja como el poder ilimitado sobre la cosa y habla de "exclusivo" puesto que impide el goce de la cosa por los demás. Pero coincide con la doctrina moderna pues el interés público limita esa absolutividad; el ser exclusivo es una nota que es común a todos los derechos reales.

Este carácter absoluto queda, por tanto, siempre reflejado pero no vigente de antemano.

De hecho, la doctrina moderna ⁶ *no señala el carácter de absoluto del derecho de la propiedad. La PERPETUIDAD del derecho de propiedad tampoco tiene un grado de sintonía entre todos los autores, pues primero* ⁷ *se sostenía que no está sujeto a limitación de tiempo y puede durar tanto cuanto la cosa, pese a reconocer sus atenuaciones. Más correcta parece la matización de que signifique la perpetuidad que el derecho de dominio esté llamado a durar ilimitadamente entre las manos de sus sucesivos dueños hasta el infinito, sin perjuicio de que a un titular concreto se le atribuya tal derecho sólo por un tiempo cierto y limitado, pues cabe un pacto tal en nuestro derecho* ⁸.

⁵ El término de "exclusividad" aparece en todos los civilistas consultados, aunque siempre matizado y suavizado.

⁶ O'CALLAGHAN, X. "Compendio..." p. 75.

⁷ CASTAN, J. "Derecho Civil". p. 91.

⁸ LACRUZ BERDEJO, J. "Elementos de derecho civil". 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 1989, T.III, Vol. I, p. 180.

Estos son pues los caracteres clásicos que se han tenido por firmes en la propiedad (absolutes, exclusividad, perpetuidad). La doctrina más moderna ve otros caracteres (generalidad, abstracción, elasticidad). Otros añaden el carácter de independencia ⁹ indica que es un poder autónomo que existe sin apoyarse en ningún otro derecho, existe por sí ¹⁰.

Por generalidad se entiende la totalidad de las facultades que la ley permite tener sobre la cosa, siempre dentro de sus límites normales ¹¹.

La abstracción quiere indicar que el derecho del dueño es concebible con independencia de las facultades singulares, que pueden faltarle, mientras los derechos reales limitados presentan la puesta en valor de una facultad aislada y no se conciben sin ella ¹². Otras explicaciones aún más oscuras; existe con independencia de las facultades que comprende ¹³, pues hay que profundizar diciendo que la abstracción del dominio implica que es un derecho separable de sus facultades y con existencia distinta y autónoma de cada una de ellas.

⁹ ESPIN, D. "Manual de..." p. 71.

¹⁰ CASTAN, J. "Derecho Civil". p. 92.

¹¹ O'CALLAGHAN, X. "Compendio de...". p. 75.

¹² LACRUZ, J. "Elementos...". p. 178.

¹³ ESPIN, D. "Manual de...". p. 72.

El carácter de elasticidad significa no ya que pueda descomponerse en facultades y siga siendo dominio ¹⁴ sino más bien que potencialmente abarca y reclama todas las posibles facultades sobre la cosa. En realidad es una subcaracterística de la generalidad. Para otros la elasticidad es porque la propiedad tiene una vocación de asumir todas las facultades que la constriñen ¹⁵. El derecho de propiedad es elástico en el sentido de que si carece de algunas de sus facultades, por razón de un derecho real sobre la cosa, cuando éste se extingue, las reabsorbe de un modo total.

Ocurre que cada autor matiza estos caracteres del derecho de la propiedad y origina una duda sobre si pueden darse la correcta caracterización. Así, otros autores destacan el carácter de unidad ¹⁶: la propiedad es unívoca. Hay un solo tipo de dominio, que se corresponde con una sola categoría de personas. Pero claro ¹⁷ el civilista es consciente que ese carácter no excluye el que la propiedad no sea susceptible de diversos contenidos, en función de la variedad de las "desmembraciones" o derechos reales limitados que puede soportar la propiedad.

Este carácter es puesto en duda por gran parte de la doctrina, mas no es el instituto el que queda puesto en entredicho, sino su contenido, dice Grossi ¹⁸. No conviene de todas formas extenderse en este tema, baste decir que al existir una gran variedad de cosas, la acción del

¹⁴ LACRUZ, J. "Elementos..." p. 178.

¹⁵ ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. "Curso de..." p. 39.

¹⁶ MONTES, V. "Comentarios..." p. 108.

¹⁷ MONTES, V. "Comentarios..." p. 109.

¹⁸ GROSSI, P. "Propiedad y..." p.

dueño sobre ellas es, en cada caso, muy distinta. Hay un denominador común: en toda propiedad, constituye una esfera de acción; el poder más pleno jurídicamente posible sobre la cosa, pero hay autores; (Pugliatti, Constantino), que han hablado de "propiedades". Ciertamente significa el dominio de una abstracción del jurista, un ejercicio de síntesis, pero debe darse un concepto de ordenación que valga igualmente para todas las variedades y regímenes; en ese empeño se encuadra en esta tesis.

7.- CRÍTICAS AL CONCEPTO UNITARIO DE PROPIEDAD

Se ha señalado que los civilistas, en general, defienden un concepto unitario del derecho de la propiedad, necesario, como producto de una síntesis de todos los particularismos concibiendo este instituto como un concepto principal del cual hay que partir para ver su extensión en determinados objetos físicos sobre los que recae (suelo, aguas, minas...). Sí se admite con más grado de unanimidad la existencia de las llamadas "propiedades especiales" por vía de analogía sobre bienes inmateriales, pero en realidad, no se toma como un tema capital para otros autores¹⁹. Mas ha sido tema de monografías interesantes como es la de P. GROSSI²⁰; ciertamente quien expuso esta problemática por primera vez como tal título es PUGLIATTI²¹. Pese a su relativa antigüedad supone un giro radical en el devenir de la reflexión civilística italiana (y europea). Supone el cambio de visión; se ha de estudiar la relación entre el hombre

¹⁹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L Y GULLON BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil". 5ª Ed. revisada y puesta al día. Madrid: Tecnos, 1991. p. 175.

²⁰ GROSSI, P. "Propiedad y...". p.

²¹ PUGLIATTI, S. "La proprietà e le proprietà". Milán: 1952. y "La proprietà nel nuovo diritto". Milano: 1954. p. 145.

y las cosas, no desde la altura del sujeto, sino desde el nivel de las cosas. Las cosas -dice GROSSI- habían revelado que eran estructuras no genéricas sino específicas con órdenes diversificados que requieren diversas y particulares construcciones jurídicas. Lo que se trataba era de poner de relieve que, por primera vez, el individuo dejaba de ser el eje de la noción de propiedad. Desde la perspectiva del historiador del Derecho, de lo que tiene mucho el civilista la "propiedad" debe ser solamente un artificio verbal para marcar la relación histórica que un ordenamiento da al problema del vínculo jurídico más intenso entre un sujeto y un bien. Defiende Grossi esta pluralización de la propiedad como una recuperación para el devenir de las cosas materiales, se estaba creando una institución intocable ²².

Parece ser -según Grossi- que la utilización del concepto "propiedad" es heredero de un pasado condicionamiento monocultural: el individualismo que el propio concepto entraña.

Se sostiene desde el estudio antropológico de Maine, o de Laveleye que en la concepción en relación a civilizaciones asiáticas, africanas y americanas la apropiación individual es una invención desconocida. Hasta tal punto es así que se propone seguir hablando de propiedad como una convención verbal. El llamado "pluralismo" de la propiedad no es un puro concepto, sino el signo de una profundísima evolución de todo el Derecho de los bienes; se liga en un principio a las formas de crisis del ordenamiento de cuño napoleónico-pandectístico. Las raíces de la problemática sólo se resuelven con un análisis histórico. Existen autores que en nuestro derecho tratan el "pluralismo" hablando de varias "propiedades" o varios tipos de propiedad regidos por estatutos distintos, calificando el tipo que se refleja en el art. 348 del C.C. ²³ como de "residual" a medida que han ido apareciendo regímenes diferenciados para determinadas

²² GROSSI, P. "Propiedad y...". p. 21.

²³ MONTES, V. "La propiedad privada en el...". p. 145.

categorías de bienes. La pregunta que se formula es que sabiendo -según Montes- que hoy la propiedad no es una institución unitaria, sino también un conjunto de instituciones, ¿es posible una disciplina unitaria que constituya una suerte de máximo común denominador de todas las formas de propiedad?. Y es que el pluralismo plantea entre otros, problemas dogmáticos graves en orden a la determinación de las características específicas de la propiedad en cada uno de los tipos, el de la interrelación entre ellos.

En parte porque los intereses son diferentes. RODOTA también trata el tema desde una perspectiva histórica y sistemática. Pero el mismo autor señala que no se puede decir que a causa de la fragmentación de la categoría de la propiedad haya decaído en nuestra cultura jurídica el esquema de la institución para describir o connotar en su conjunto tipos de relaciones existentes en la organización social. Pero la conclusión es que la existencia de referencias unitarias en el sistema actual no entra necesariamente en contradicción con la comprobación de la diversidad de las propiedades ²⁴. Apoya nuestra conclusión Rodota cuando hace notar que la línea metodológica que tiende a sustituir una referencia conceptual única por una multiplicidad de acepciones concretas debe descifrar una dialéctica compleja. No se puede ignorar que el "concepto abstracto" ha constituido cabalmente el punto "real" de organización de todo trabajo legislativo jurisprudencial y doctrinal pese a reconocer la relevancia efectiva de los singulares estatutos. Es loable el trabajo de síntesis y abstracción del civilista; también en los ordenamientos de otros tiempos la formulación de ese concepto unitario de la propiedad, cuando había diversas clases de ella había de hacerse así, aunque pudiera representar un arquetipo alejado de las realizaciones concretas de la época. Y ello es necesario. Si al tratar del propio concepto de propiedad encontramos problemas de síntesis, al llegar a la caracterización por el objeto de esa idea, encontraríamos una multiplicidad de especificidades. Más propia

²⁴ RODOTA, S. "El Terrible...". p. 55.

sería que se estudiara la diversidad de la propiedad en varias ciencias, como el Derecho Administrativo y no sólo en el derecho civil.

El civilista habla de propiedad de las aguas, de propiedad de las minas, etc. sin perder de vista el concepto "propiedad" que queda reforzado al figurar en primer término.

Metodológicamente el estatismo de los romanistas no debe ser tampoco aceptado. Su concepción, pese a ser la más influyente en el correr de los tiempos, propende a una petrificación. Disgregar los conceptos jurídicos, por problemáticos que éstos sean, produce una mayor dispersión intelectual, que complica el debate doctrinal, lejos de enriquecerlo. La confluencia de leyes especiales sobre un mismo derecho no debe significar su "pluralismo" que impida llegar a un concepto común. Si como método se sostiene que se debe tender a la unidad en las facultades del derecho de la propiedad, con mayor motivo debe serlo en la propia caracterización de su concepto.

Aunque tengamos que hacer referencia a posiciones metodológicas no asumibles, hemos de analizarlas para no desconocer el debate planteado en su totalidad. Como solución de consenso se pretende conciliar el liberalismo jurídico tradicional y la complejidad social moderna, que ha provocado la intervención del Estado de manera creciente; mas una solución que no fuera claramente la de que se sostiene la permanencia del Derecho de Propiedad, haría inútil todo el problema de su replanteamiento, porque negaríamos una categoría unitaria, con entidad indiscutible, que es la base del problema. Ello no quiere decir que no pueda dicha categoría sufrir un proceso de transformación. Lo cierto es que la propia división de rústico y urbano (del objeto de la propiedad) está en la base de todo razonamiento.

8.- PLANTEAMIENTO DE LOS LIMITES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

8.1.- Concepto

El punto del que debe partirse en el estudio de los límites del derecho de la propiedad se halla en el segundo inciso del primer párrafo del art. 348 del Código: "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin mas limitaciones que las establecidas en las leyes".

De ahí se pueden deducir que hay limitaciones legales, que no se especifican, para proteger los derechos privados de otros titulares y las necesidades del interés general o pública.

Pero entender como únicas limitaciones del derecho de la propiedad las establecidas por una disposición legal sería algo erróneo y equívoco. La propiedad debe ser concebida como un medio para que el sujeto lleve a cabo una actuación en sí misma limitada. Debe responder a un fin racional. El contenido normal del derecho de la propiedad debe marcarse, no solo positivamente (enumerando facultades), sino negativamente, mediante la indicación de lo que no alcanza. Hacer esto, es fijar los confines del dominio; hasta dónde alcanza. Para ello se ha distinguido entre límites y limitaciones ¹. El límite se entiende como el punto normal hasta donde puede llegar el poder del dueño. De alguna manera supone el régimen ordinario de restricciones a que está sometido el poder ². Se parte de una base para su mantenimiento cual es que todos los derechos (y principios, libertades incluso constitucionales) no son absolutos e ilimitados sino que tienen límites.

¹ O'CALLAGHAN, X. "Compendio..." p. 97.

² ALBALADEJO, M. "Curso de...". p. 297.

Las limitaciones por el contrario, pueden proceder de muchas causas y reducen el poder que normalmente dentro de los límites tiene el propietario sobre la cosa. Las limitaciones son la subestructura de los límites. No interesa tanto llegar a una descripción de cuáles son los límites y limitaciones, pues se tiene el peligro de dejar algunas sin mencionar, cuanto poder basar desde la filosofía jurídica el papel de estos límites y limitaciones.

La doctrina moderna hace diversos planteamientos del tema. DIEZ-PICAZO y GULLON sólo consideran las limitaciones como relevantes. Mas también habla de límites refiriéndose ³ a que la propiedad, como todo derecho subjetivo, tiene unos límites que llama "genéricos": los que prohíben el abuso del derecho y el ejercicio de mala fe, (art. 7 Código Civil). Estos límites genéricos obligan al juzgador a la concreción en cada caso de lo procedente o improcedente de las actuaciones del propietario; para ello tendrá que tomar en cuenta las concepciones ideológicas y económicas que en la sociedad observa. Parece que no encuentra una posible concreción de los límites (genéricos) y sólo lo hace con respecto a las limitaciones legales. El art. 348 sólo alude a las leyes, pero la doctrina ha entendido que la interpretación debe comprender la palabra como equivalente a norma jurídica (Reglamento, Orden, etc.).

PUGLIATTI califica como límite del derecho de propiedad en sentido lato, todo lo que impide de cualquier forma el ejercicio de facultades, que por ley puedan corresponderle al propietario. La idea del límite supone lo que es fijación de contorno. Decir "límite" supone lo que es fijación de entorno. Decir límite es definir el derecho de propiedad, en cuanto a su existencia; no se puede dar éste sin aquél. El límite es connatural, la "limitación" es excepcional al derecho de

³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. Y GULLON BALLESTEROS, A. "Sistema de..." p. 579.

propiedad ⁴. El "límite" puede existir sin que exista una ley que lo determine, (cuando aparezcan actos de emulación, uso anormal) ⁵; en cambio, la limitación exige la existencia de una ley o de una norma jurídica en la que determine de modo expreso y preciso otros autores, Martín Mateo, ⁶ tratan la distinción como "límites-confines" y "limitaciones", basándose en la doctrina alemana, según se refieran a delimitaciones del contenido normal de la propiedad, o bien a medidas que exceden de esa normalidad.

De la misma manera BONILLA ENCINA ⁷ se refiere a "delimitaciones" y "limitaciones" siguiendo el mismo criterio. Sin embargo la visión de la doctrina que fija el contenido del derecho de la propiedad de una manera negativa como el de una actividad que no se puede precisar y que solo puede definirse por la indicación de aquello a lo que no alcanza, hace que esta distinción entre límites y limitaciones se desdibuje en gran medida. En la lógica no cabe este tipo de planteamientos negativos. Hay que concretar positivamente cada concepto. Por ello esta orientación no puede seguirse y las limitaciones hay que admitirlas como las restricciones a determinadas facultades del propietario.

⁴ PUGLIATTI, S. "Institutione di diritto civile: La Proprietà". Milano: Giuffré, 1936. p. 70.

⁵ SUSTAETA, A. "Propiedad y...". p. 274.

⁶ MARTIN MATEO, R. "El estatuto de la...". p. 101.

⁷ BONILLA ENCINA, E. "Titularidades delimitadas. Delimitaciones de la propiedad urbana (concesiones). En "Revista crítica de Derecho Inmobiliario". num. p. 485

Naturalmente, el art. 348 no se opone a que las limitaciones sean obra de la autonomía de la voluntad (prohibiciones de disponer servidumbres voluntarias, etc.), pero no son a ellas a las que nos referimos. El concepto de límite y limitaciones es utilizado en ocasiones de una manera confusa, análogamente al de otros términos, (servidumbres, etc.). Por ello hay que precisar el concepto de limitaciones en sentido estricto.

8.2.- Distinción entre limitaciones y otras figuras afines⁸

El principal foco de confusión viene dado por las servidumbres. Fué la doctrina francesa --dice SUSTAETA--⁹ quien trató de asimilar esta figura de la servidumbre al concepto de limitaciones por razón del contenido, por cuanto que el titular del dominio no tenía otra actuación que la de "soportar algo" frente a la actividad del titular de dicho "ius in re aliena" a través de un "non facere" o un "pati" por parte del propietario del predio sirviente. Pero limitaciones legales del dominio y servidumbres no son términos sinónimos en todo caso y circunstancia. En la servidumbre real existe un gravámen de un predio en beneficio de otro predio, fundo sirviente y fundo dominante (art. 530 Código Civil). El titular del predio dominante está facultado para utilizar de una cierta manera el sirviente. En cambio, las limitaciones del dominio afectan a todas las propiedades por igual, que están colocadas en el mismo plano de igualdad¹⁰. Falta toda idea de predio dominante y sirviente. En las limitaciones legales se coordinan los intereses

⁸ O'CALLAGHAN, X. "Compendio de...". p. 98. Para observar una clasificación clarificadora.

⁹ SUSTAETA ELUSTIZA. A. "Propiedad y...". p. 278.

¹⁰ DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. "Sistema de...". p. 180.

de todos en beneficio mutuo; en las servidumbres reales se sacrifica a un propietario beneficiando al otro; la servidumbre significa una alteración en el régimen normal de la propiedad, en tanto que las limitaciones impuestas por la ley señalan los contornos normales del dominio. Naturalmente, el Derecho civil no coincide con ese análisis, pues su concepto de limitación no se realiza en un contexto como el de la crisis.

Ahora bien, una limitación legal puede ser la base para que una persona obtenga una determinada utilidad de la propiedad ajena sin estar ella recíprocamente afectada; es decir, puede autorizar la constitución de una servidumbre que ha de ser consentida forzosamente por el dueño de la finca gravada. Una limitación puede afectar a la totalidad del derecho de propiedad; en cambio la servidumbre tan sólo grava parcialmente el derecho. Las limitaciones nacen de la ley o de la norma jurídica en tanto hay servidumbres que pueden ser voluntarias. En el objeto hay también diferencias pues las limitaciones pueden recaer sobre toda suerte de bienes, las servidumbres únicamente pueden gravar los bienes inmuebles.

*Junto a la servidumbre existen otros conceptos que han aumentado la confusión como el término **DEBER**.*

Ello ha sido producto de un cambio de dirección en el derecho de la propiedad. Al propietario se le imponen unos deberes como consecuencia de su poder sobre las cosas del mundo exterior; la propiedad se ha visto proyectada en función de la colectividad. En el fondo se encuentra el principio de la solidaridad social. Si las limitaciones han tenido por característica su contenido negativo o de abstención, los deberes lo tienen de actuación positiva de realizar un "facere" o un "dare". Las diferencias entre "deberes" y "limitaciones" descansan --dice REGUERA SEVILLA-- en la distinta postura de acción u omisión que ha de adoptar el propietario como

titular del derecho de propiedad ¹¹. Criterio que sostiene también MARTÍN MATEO ¹². ALBALADEJO concibe el contenido del límite en que el propietario no puede hacer algo y otras veces en que tiene el deber de hacerlo, quitándosele así la libertad de omitirlo. Por tanto no contempla la confusión con el término "deber" el cual encuentra su acomodo en la propia limitación ¹³.

DIEZ-PICAZO y GULLON indican que todo límite entendido como una privación o como una restricción de un contenido ideal, existe siempre que se impone un deber de cualquier tipo que sea éste. Todo deber es una limitación de la libertad. Más bien fija la diferencia en el sujeto que impone esa limitación. Si la iniciativa parte del propietario, las normas crean un límite y si parte de los terceros, sean públicos o privados, crean deberes ¹⁴.

a) Las Obligaciones

Lo obligacional se entrelaza con los derechos reales como consecuencia de la dinámica impuesta a éstos. Surge la duda de si se puede admitir un concepto obligacional de una titularidad real con exigibilidad al propietario. Y la consecuencia de existir obligaciones conectadas a un derecho real, la figura conocida con el nombre de "obligaciones ob rem" o "propter rem" a

¹¹ REGUERA SEVILLA, I. "Estudios de Derecho Privado". Madrid: "Revista de Derecho Privado", 1965, Tomo I. p. 131.

¹² MARTIN MATEO, R. "El Estatuto de...". p. 101.

¹³ ALBALADEJO, M. "Curso de...". p. 258.

¹⁴ DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A. "Sistema de...". p. 22.

modo de un tercer género entre los derechos de crédito y derechos reales. Algunas de las características que las definen son ¹⁵:

- *Son accesorias respecto a las vicisitudes de la situación real.*
- *Son indeterminadas en cuanto a que el sujeto pasivo de las mismas lo es sólo el que en un momento dado aparece como titular del derecho real.*
- *La renuncia o el abandono de la cosa extingue la obligación.*
- *La transmisión del derecho real determina la de la obligación, dada su accesoriedad de ésta respecto a aquél.*

En general, la "limitación" afecta al derecho y la obligación a la persona. La limitación actúa sobre los derechos y fija su ejercicio; en cambio, la obligación se estructura más bien en forma personal y siempre vincula a las personas; es un elemento esencial de la misma. La obligación vincula y ata al propietario para que dirija su actuación en un determinado sentido.

b) Cargas

La expresión "carga" parece significar un gravámen (art. 1483 Código Civil). Es una especie de deber positivo (art. 1504 Código Civil). Se habla de carga cuando el ejercicio de una facultad

¹⁵ SUSTAETA, A. "Propiedad y...". p. 284.

aparece como condición para obtener una determinada ventaja ¹⁶. En nuestra doctrina GARCIA DE ENTERRIA las define como "contraprestación para obtener un beneficio" ¹⁷; la carga se diferencia de la obligación en razón de que no existe sanción del mismo grado y en que el interés tutelado es propio del sujeto. Muchas veces en los textos normativos se confunden de hecho la carga y la limitación. Algunos autores reflejando el derecho de la propiedad y su implicación urbanística encuentran la distinción carente de base ¹⁸.

En cualquier caso, queda fijado someramente el problema de la terminología de "límites" y "limitaciones" que nos habrá servido para dejar sus contornos más claros. Los que hablen de "delimitación" llegan a la misma conclusión que los que utilizan limitación: una reducción de las facultades del derecho sobre las potencialmente posibles.

8.3.- La variedad de los límites y limitaciones.

a) Planteamiento

Debe anticiparse que no se puede caer en una pura descripción de las limitaciones legales por varias razones:

¹⁶ CARNELUTI, F. "Sistema de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires: Uteha, 1944. p. 118.

¹⁷ GARCIA DE ENTERRIA, E. "Configuración jurídica de la propiedad urbana. En Conferencias de D. Urbanístico. Salamanca: Junio 1973.

¹⁸ MARTIN BLANCO, J. "Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica". Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio de Vivienda, 1973. p. 107.

- *Primero porque sería una descripción, sin duda incompleta, como ocurre generalmente en las que pretender ser exhaustivas.*
- *Después por tener una gran variedad de criterios de clasificación y no saber cual sea el correcto.*
- *Porque una clasificación meramente descriptiva no explicará su razón de ser; estaríamos tomando como criterio el legal que no suele explicar la esencia de un concepto jurídico cualquiera.*
- *Sin embargo, tampoco se puede renunciar por completo a unas referencias descriptivas por pequeñas que sean, puesto que la propia jurisprudencia también refleja ese criterio de tipo descriptivo cuando la razón sustantiva queda poco explicada en la norma que la regula.*

Uno de los graves problemas con que se encuentra el intérprete es la gran cantidad de limitaciones legales y límites internos que la constriñen a la propiedad. De tal manera que ese segundo inciso del art. 348 del Código Civil es el detonante de una visión diferente del derecho de propiedad.

La definición del Codé de Napoleón reconoce el carácter absoluto y en principio ilimitado de la propiedad privada ¹⁹. Pero también había concebido unas "excepciones inmanentes" al principio de libertad en la actuación del propietario. Vienen establecidas éstas por la propia naturaleza de las cosas.

¹⁹ ESCRIBANO COLLADO, P. "Propiedad privada".p. 75.

Estas excepciones naturales eran dos: el propietario no tenía derecho a efectuar un uso inmoral de la cosa o contrario a la razón. Tampoco tenía derecho a atentar contra los derechos de los demás. Se puede resumir en un uso irracional de la libertad y de los derechos derivados de ella ²⁰. Fácticamente, parece poco importante cuál sea esa distinción de límites y limitaciones y no se hará ningún intento de abordar una distinción que dogmáticamente es aceptada.

En el ámbito de los bienes inmuebles esa esfera del límite interno quedaba definida por los límites del propio fundo. Ya se está hablando de los llamados "límites institucionales" que son los que se derivan de su propia naturaleza. En este grupo incluye la doctrina dos límites: 1) el abuso del Derecho de carácter positivo y otro de carácter negativo, 2) el llamado "ius usus inoqui". Estos límites son genéricos y no son portadores de ninguna especificidad con respecto a cualquier derecho subjetivo diferente, pues provienen del título preliminar del Código Civil. La terminología es confusa, pues a todas las restricciones de uso provenientes de la ley se les llama limitaciones ²¹. No tiene tampoco utilidad sustancial sino enumerativa describir las razones del legislador para establecer una determinada limitación (en interés de la defensa nacional, en interés de la aviación, etc.) como dice ALBALADEJO ²², porque para distinguir las diferentes limitaciones que conforman y configuran el dominio hay que partir de motivos de orden público que pretender conciliar los derechos de cada dueño con sus vecinos y quienes se relacionan con él.

²⁰ ESCRIBANO COLLADO, P. "Propiedad privada...". p. 75.

²¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. y GULLON BALLESTEROS, A. "Sistemas de...". p. 179.

²² ALBALADEJO GARCIA, M. "Derecho Civil". p. 261.

Tales límites no representan un gravámen para los diversos propietarios, sino el punto de equilibrio para una coexistencia ventajosa de sus propietarios en el ámbito más amplio de la convivencia social.

El derecho de propiedad no puede verse constreñido más allá de lo necesario. Debe ser el derecho de suyo, más amplio que sus limitaciones. De lo contrario las limitaciones legales de la propiedad pueden llevar, como dicen DIEZ-PICAZO y GULLON, a que no le sea aplicable la definición que del mismo da el art. 348 del Código Civil.

El legislador marca las líneas a través de las cuales han de ejercitarse o discutir sus facultades dominicales ²³.

Para enfrentarse a esta variedad de las limitaciones debe partirse de una idea: estas limitaciones se aplican casi exclusivamente a la propiedad territorial.

Otros autores no complican el problema y hablan de definiciones del derecho de propiedad cuando la ley establece límites al mismo ²⁴. Es evidente --dice ALESSI-- que las limitaciones no afectan al derecho de propiedad en general, sino únicamente al derecho con relación a determinadas clases de bienes. La necesidad de limitar la esfera de la propiedad derivada de coordinar armónicamente los intereses de los individuos y de la misma colectividad. Esa es la razón de la gran variedad de las limitaciones. El interés público puede ser de distinta naturaleza. Puede radicar en la necesidad de evitar un posible "daño" para la colectividad a

²³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. y GULLON BALLESTEROS, A. "Sistema de...". p. 163.

²⁴ ALESSI, R. "Instituciones de Derecho Administrativo". Barcelona: Bosch, 1970. p. 973

consecuencia de determinadas formas de uso de los bienes objeto del derecho de propiedad; o bien consiste en la necesidad de asegurar a toda la colectividad una determinada "utilidad" específica que el bien sea capaz de proporcionar a más de la utilidad genérica para el particular propietario. La variedad de las limitaciones del derecho es necesaria, según GARCIA DE ENTERRIA ²⁵. Si cualquier derecho fuese ilimitado pondría en cuestión la totalidad del ordenamiento; esa limitación destruiría los demás derechos, los haría imposible. El sistema de Derecho es, necesariamente, un sistema de derechos con límites o limitaciones, pero en cualquier caso necesarios son sus conceptos.

Antes de restringir o constreñir derechos hay necesariamente que delimitarlos, la restricción opera precisamente sobre el ámbito normal u ordinario de un derecho. Algo que ya ha indicado el T.S. ²⁶.

MONTES PENADES ²⁷ desde otra perspectiva interesante, indica que cabe establecer una gradación de vínculos que nuestro sistema impone al propietario y lo que justifica su variedad: primero el deber negativo de "no invadir" la esfera de la propiedad ajena, de no dañar a los terceros. En segundo lugar, el deber de tolerar o soportar la agresión y el sacrificio de un interés. En tercer lugar, los deberes positivos de hacer que son de alguna manera imposibles de reconducir a una tipología abstracta, dada su variedad y su diversidad.

²⁵ GARCIA DE ENTERRIA, E. "Actuación privada en el Derecho urbanístico". "Revista Española de Derecho Administrativo", 1970, Tomo I. p.80.

²⁶ S.T.S. junio 1981. Contencioso-Administrativo.

²⁷ MONTES PENADES, V. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil Contemporáneo". Madrid: Civitas, 1980. p. 252.

Como son innumerables las limitaciones impuestas a la propiedad privada por interés público, debe intentarse hallar el contenido de la norma jurídica que la establezca ²⁸. Es claro que tanto el límite, como la carga, como la obligación, tienen por función la de consentir la tutela concomitante de un interés diverso del propietario, que generalmente será un interés público. Pero el interés público, a su vez, es cambiante y debe ser periódicamente, interpretado por la doctrina.

Haciendo un repaso doctrinal se observa que los autores ofrecen una clasificación muy sometida a la relatividad temporal. PUIG PEÑA ve ya como científicamente anacrónico el concepto del código y antes de su clasificación hace notar la variedad de las mismas como idea fundamental. Así refleja la clasificación de RUGGIERO cuando se refiere al dominio completo (expropiación forzosa), a las facultades de disposición (la hipoteca), a las de aprovechamiento o uso (usufructo y la habitación) o a los gravámenes que pesan sobre la propiedad como las servidumbres.

Cita a SANCHEZ ROMAN quien por razón de la causa distingue cuatro grupos de limitaciones: como son por la razón del dominio eminente del Estado; por razón de la voluntad del transmitente; por razón de la misma voluntad del dueño y por razón de un conflicto de derechos particulares. PUIG PEÑA estudia estas limitaciones clasificándolas en limitaciones derivadas de la naturaleza misma del dominio (los actos de emulación y el "ius usus inocui"). Posteriormente, distingue las limitaciones de utilidad pública: las llamadas servidumbres legales de interés público (así, la policía urbana, las limitaciones del suelo por razones de ordenación urbana, viviendas de protección oficial, carreteras, caminos, policía de ferrocarriles, defensa nacional, fomento y desarrollo de montes, ganadería, agricultura en general); mucho más numerosas las que llama limitaciones posteriores al Código Civil.

²⁸ ALESSI, R. "Instituciones...". p. 476.

Las limitaciones de utilidad privada --dice PUIG PEÑA--²⁹ se establecen en interés de personas particulares determinadas. Pueden nacer "ex voluntate" o "ex lege"; ordinariamente afectan a facultades parciales del derecho de lapropiedad. Con respecto al derecho de goce (las llamadas relaciones de vecindad o antigüedad entre los predios) o las innumerables limitaciones que puede el propietario imponer a su voluntad, (prohibiciones de enajenar) o tanteos y retractos legales.

PUIG BRUTAU³⁰ se refiere también a la variedad o multiplicación de los límites y las limitaciones. Trata los límites institucionales o derivados de la naturaleza del derecho (el abuso del derecho, actos de emulación) limitaciones de la facultad de excluir. Así, distingue Puig Brutau las limitaciones del dominio en sentido vertical (art. 350 del Código Civil)³¹. En las limitaciones legales de utilidad privada destaca las relaciones de vecindad entre fundos (y repasa su reflejo en el código art. 569, derecho temporal de paso; art. 552 vertiente natural de las aguas; art. 586 desague de tejados, luces y vistas; arts. 580-584 distancias entre plantaciones; art. 585 la medianería... Mas tarde recoge las prohibiciones y limitaciones legales de utilidad privada que afectan a la facultad de libre disposición, pero refiriéndose sólo a las que tienen un origen legal (derecho de tanteo y retracto legal); prohibiciones de disponer; luego desarrolla las limitaciones de la propiedad en interés público o general (legislación de fincas urbanas, la propiedad de viviendas de protección oficial), limitaciones en interés de la protección nacional, medio ambiente, en interés de las comunicaciones, en favor del patrimonio histórico, cultural y artístico, limitaciones de carácter agrario, legislación de Montes, por razón de la Ley de

²⁹ PUIG PEÑA, F. "Compendio de...". p. 136.

³⁰ PUIG BRUTAU, J. "Compendio de Derecho Civil" Barcelona: Bosch, 1989. Vol II. p. 64.

³¹ Ver la sentencia de 3 de abril de 1984. (La Ley, tomo 1984-3. p. 162).

Costas (donde se extiende mucho más) y trata por separado esas limitaciones del dominio resultantes de negocios jurídico privados.

Cada autor propone su "descripción" de las limitaciones y límites (los que las distinguen). Más pocos autores reflejan la razón sustantiva de esas limitaciones. Sí lo hace LACRUZ ³² cuando dice que los vínculos que ciertas disposiciones realizan no restringen, sino que configuran, la propiedad: la libertad no sólo tolera, sino que incluso impone deberes, para ser verdaderamente libertad. De igual modo dice, apoyándose en MESSINEO, que los límites no son incompatibles con los caracteres de plenitud y exclusividad que se reconocen al derecho de propiedad. La plenitud y la exclusividad se afirman frente a las pretensiones de los otros particulares. Pero, por contra, luego renuncia a tratar las limitaciones surgidas de las leyes administrativas especiales, obedeciendo a una visión tradicional que se pretende rebatir.

Visión diferente la que tienen DIEZ-PICAZO Y GULLON ³³ pues parte de encontrar a las limitaciones de la propiedad como el tema esencial de ese derecho. Se refiere someramente a las relaciones de vecindad o contigüidad de los predios que impone una serie de limitaciones a sus titulares para hacer posible el mejor ejercicio de sus derechos. Las enumera obedeciendo a la tradición.

Dentro de esas relaciones de vecindad incluye los llamados actos de emulación. Critica esta tesis y ve en la que la inmisión una superación de la anterior diciendo: el fundo vecino no está obligado a soportar inmisiones más que cuando fuesen indirectas. Recoge la teoría de IHERING

³² LACRUZ, J. "Elementos" p. 196.

³³ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L. y GULLON BALLESTEROS, A. "Sistema de...". p. 179.

acerca de la normal tolerancia. Así también la del uso normal formuladas por STOLFI. Posteriormente trata del "ius usus inocui".

Su concepción es diferente a otros porque trata a la propiedad inmobiliaria y sus limitaciones separándola de una teoría general de las limitaciones del derecho de la propiedad ³⁴.

Por el objeto físico del derecho de propiedad sostiene que ya no le es ni aplicable el art. 348 del Código Civil y si lo es, con muchas dificultades. Por tanto, la variedad de las limitaciones es grande y además diferente a la del derecho de propiedad recayente en otra clase de bienes; habla ya de otro tipo de limitaciones, las que impone el urbanismo. A modo de conclusión se deduce, que la variedad de las limitaciones del derecho de la propiedad está sometida a una relatividad enorme ya por el sólo hecho de que esas limitaciones cambian en sí ya porque sustituyen o aumenten unas y otras; la actitud descriptiva del civilista (clásica), no sirve. Entre otras razones porque esa misma forma de enfrentarse al problema ha sido la escogida por los administrativistas, ciencia mucho más cambiante, no tendente a la unidad del ordenamiento jurídico, sino a la especialización. De esta forma, los civilistas más modernos enfrentados a los límites y limitaciones del derecho de propiedad renuncian a una clasificación con carácter descriptivo con vocación de exhaustividad, sino a saber cual es la razón de que una u otra limitación exista, tenga vigencia o configure el derecho, lo cual complica mucho el estudio de las limitaciones, pues no hay que negar que la fórmula descriptiva nos produce mayores satisfacciones, a nivel jurídico-positivo.

³⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. y GULLON BALLESTEROS, A. "Sistema de...". p. 170.

8.4.- Consecuencias de la existencia de límites y limitaciones

No es necesario hacer un tratamiento de los llamados límites intrínsecos por cuanto son comunes al ejercicio de todos los derechos subjetivos: así el abuso del derecho. En materia de derecho de propiedad es donde se han dado casos desde luego, más patentes. Ello supondría un estudio del artículo 7.2 del Código Civil que ya sería un propio tema de un estudio monográfico autónomo, como existen varios. El concepto legal de abuso del derecho que nos proporciona el artículo 7.2 C.C. cuenta con estudios generales muy detallados ³⁵. Igualmente ocurre con la llamada facultad de excluir: "el uis usus inocui", así como de las llamadas relaciones de vecindad, mal llamadas servidumbres legales ³⁶. En el mismo sentido con respecto a las prohibiciones de disponer. En realidad de lo que se trata es de ver a qué razón obedecen la existencia de límites y limitaciones diferencia que se acepta, dogmáticamente.

Lo cierto es que no estamos ante una problemática nueva. Con anterioridad al Código Civil se había utilizado el concepto de limitaciones de la propiedad, en un sentido amplísimo ³⁷.

Ya SANTO TOMÁS DE AQUINO señalaba las limitaciones del derecho de propiedad ³⁸ y lo

³⁵ ROCA JUAN, J. "Comentarios a las reformas del Código Civil". Madrid: 1977, Vol. I. p. 371

³⁶ BATLLE VAZQUEZ, M. "Comentarios al Código civil y compilaciones forales". Madrid: Edersa, 1978, Tomo I, p. 121 y ss.

³⁷ O'CALLAGHAN, X. "Compendio de...". p. 106.

³⁸ Véase ALONSO MARTINEZ, M. "Estudios sobre el derecho de propiedad". 1874. VALLET DE GOYTISOLO, J.B. "Estudio sobre el derecho de cosas". Madrid: Montecorvo, 1991. p. 131

sitúa en un doble plano: ante Dios y respecto a los demás hombres. En el orden moral la propiedad no puede ser un derecho absoluto, aunque para el individualismo, el Estado debe respetar totalmente el derecho de propiedad .

Pero "el punto de vista individualista, de una mal entendida idea de libertad, ni siquiera se acoge por completo en el artículo 348 de nuestro decimonónico Código Civil, puesto que, como es sabido, el derecho de propiedad no queda a salvo de las limitaciones establecidas en las leyes, limitaciones que han dejado de ser algo excepcional y extrínseco al derecho nominal, en cuanto la ley opera modernamente, no como límite, sino como factor de conformidad del propio derecho" (S.T.S. 24 nov. 1978 Sala 3ª). Por tanto, el apoyo legal (S.T.S. 20 junio 1985) ya introduce el problema de las limitaciones de un modo obligado.

El individuo no se considera aislado, "uti singulus", sino en comunidad, "uti socius"; de ahí que la función social tenga un inmediato valor negativo: el de excluir la legitimidad de todas las manifestaciones del ejercicio del Derecho que se presenten claramente antisociales³⁹. Es decir, que el propietario no actúa legítimamente si traspasa el límite de lo antisocial, actúa abusando de su derecho.

La idea de función social de la propiedad y de abuso del derecho están, por otra parte, íntimamente ligados, como se verá.

En ciertos temas, las explicaciones jurídicas pueden oscurecer lo que al ciudadano medio se presenta como obvio. Los límites y las limitaciones nacen de un contenido normal o que se

³⁹ MONTES PENADES, V. "La propiedad...". p. 255

excede de ese contenido normal respectivamente. Los límites o confines -dice MARTIN MATEO- constituyen una condición propia de todos los inmuebles o grupos de inmuebles y no implican una minoración de facultades dominicales, sino, por el contrario, la determinación del ámbito en que operan éstas, realizado legalmente por el Estado.

Lo cierto es que hoy en día, las limitaciones de la propiedad, en otro tiempo excepcionales, definen el contenido normal del derecho de propiedad y lo configuran ⁴⁰. Si son límites o limitaciones, dogmáticamente interesa; en sociología jurídica de poco sirve tal estructura.

Para encuadrar el significado de las limitaciones del derecho de la propiedad se puede concluir:

- *Que la propiedad es un concepto formal cualquiera que sea su contenido en un momento determinado.*
- *Que ese concepto subsiste pese a la legislación que establece sus limitaciones: intervencionista con respecto al interés público.*
- *Dentro de la propiedad hay una serie de elementos que configuran su problemática:*
 - * poderes y deberes del propietario: hasta dónde llegan.*
 - * bienes objeto de la propiedad. Estatuto de la propiedad.*
 - * relación entre propiedad y la colectividad.*

⁴⁰ MARTIN MATEO, R. "El Estatuto de...". p. 106.

- *Para establecer sus limitaciones, que son externas, no nos vale un determinado periodo de tiempo. La legislación especial impone nuevas limitaciones a la propiedad, pero: esta legislación es coyuntural y cambia de criterios, lo que refuerza la idea de que las limitaciones son variables.*
- *Las limitaciones que obedecen al interés público son difícilmente clasificables y sólo será el receptor de las necesidades de la colectividad (el Estado) quien efectuará su realización en orden a las mismas. Por el contrario, las limitaciones de interés privado tienden a ser más inmutables; en esto se encuentra el origen mismo del Derecho civil: un sistema para organizar la convivencia de los individuos en su esfera más personal y patrimonial.*
- *La propiedad tiene como base la libertad -en el uso de la cosa, no puede ser ilimitada⁴¹. El dominio sufre limitaciones, pero forman parte de su concepto, no de su contenido. De lo contrario no podría hablarse de propiedad porque variaría según el número de limitaciones.*
- *Todas las formas de propiedad, tienen una base común: la propiedad del Código Civil. La relación entre libertad y propiedad es el fundamento de este Derecho. Las limitaciones operan para modular las concurrencias del derecho del propietario con el de los demás.*
- *Las limitaciones y obligaciones impuestas al propietario por la ley, respetan la estructura del Derecho. El poder del dueño no desaparece, sino que está comprimido por ellas.*

⁴¹ SANCHEZ DE LA TORRE, A. "El Derecho en la aventura europea de la libertad". Madrid: Reus, 1987, p. 226-237, donde expresa el carácter de la propiedad como institución emblemática de la libertad.

- *Estas limitaciones tienen como exponente el problema a la propiedad inmobiliaria; en ella se muestran patentes todas las cuestiones que se han señalado. Es en este tipo de propiedad en la que está pensando el legislador y en torno a la cual, crea sus conceptos y clasificaciones; pues para los llamados límites institucionales o innatos no ha de fijarse en el derecho de la propiedad porque son comunes a todos los derechos subjetivos.*

8.5.- Aspecto legal y jurisprudencial de las limitaciones o límites del derecho de la propiedad.

Planteamiento. a) Aspecto legal.

Vistas que hayan sido las opiniones doctrinales en torno a un concepto y variedad (de los límites y limitaciones) habría que profundizarse en la idea que tiene de las mismas el legislador. Es decir, se pregunta si el legislador tiene en mente estas categorías jurídicas, o si, por el contrario, no las toma en cuenta de ningún modo. Realmente, el concepto de "limitación" como tal no existe en el Código Civil. Ello es debido a que los cultivadores del Derecho Civil conceptúan mayoritariamente al derecho de propiedad como un poder unitario, un servicio global del que las facultades son simples manifestaciones enumerándolas jurídicas y materialmente; la doctrina civil está muy conectada con el legislador que redactó el Código. Su concepción era la misma. Aunque se identifica la propiedad con señorío pleno se admite la existencia de límites y limitaciones. Cuando el Código dice "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes" artículo 348 C.C., lo hace de una manera forzada, como algo excepcional. Precisamente es la ley especial la que va modulando esas limitaciones. Si se habla de ellas, sin duda, no es sino por los pequeños problemas de convivencia inter-urbanos que el Código Civil recoge. Ha sido reconocido por los propios civilistas la ayuda científica ofrecida por otras ramas del Derecho (vg. Derecho Administrativo como la fundamental).

Ya se dijo que el Código refleja una tendencia a reconocer esas limitaciones, pero sólo como eso, como tendencia; el redactor del Código piensa que "gozar" y "disponer" es la parte más importante del derecho de propiedad: la regla general, salpicada de pocas excepciones. Esa limitación puede surgir, pero el redactor del código no "cuenta" con ella.

La evolución legislativa de la propiedad se caracteriza por el desarrollo de los mecanismos de control del ejercicio del derecho, por la diversificación de las posiciones jurídicas en que se encuentran los titulares de los poderes jurídicos que seguimos llamando "propiedad". Toda esta evolución se ha plasmado legislativamente fuera del Código Civil, a través de las correspondientes leyes especiales.

La situación normativa del fenómeno jurídico al que se llama propiedad es cada vez más compleja. Se ha producido una diversificación de estatutos y limitaciones (provenientes de esas leyes especiales) que hacen difícil reconducirlas a un concepto unitario de propiedad. (Véase la propiedad urbana, propiedad agraria...). Pero, en absoluto, imposible, pues siempre existirá un derecho de goce y disposición sobre algo.

Ha existido una especie de "delegación" del Código en establecer limitaciones del derecho de propiedad. Mas no se debe criticar al legislador civil ya que prevé que esto va a ocurrir, (así en el artículo 3 C.C.), cuando dice que "las normas se interpretarán según los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"), y es su idea de "ordenamiento jurídico" la que le lleva a mantener su posición "supletoria" en determinados institutos de derecho privado con implicaciones públicas como es, por antonomasia, la propiedad. En realidad ninguna ley define lo que son las limitaciones; recurren a los conceptos descriptivos y de ahí puede provenir la confusión del propio término "limitación". Pese a ello, la idea del legislador es que obedece a una vertiente social del derecho de propiedad.

Siguiendo con este aspecto de las limitaciones, hay que señalar pues que no existe una definición legal de las mismas. El artículo 348 C.C. hace referencia a ellas, pero, realmente, no establece un concepto de las mismas. Ni lo hay tampoco en otras leyes. Será un ejercicio de abstracción el que posibilite su obtención.

Ahondando en estas precisiones, legalmente lo que aparecen son normas que restringen el ejercicio del derecho, tanto en el espacio como en el tiempo; las leyes, sobre todo las administrativas, imponen a los propietarios numerosas configuraciones del contenido del dominio. Estas limitaciones son muy numerosas y se suelen clasificar desde el punto de vista exclusivamente descriptivo siguiendo principalmente dos criterios: el interés público protegido con ellas (la economía y la planificación, la industria, etc...) y por el tipo de restricciones que establecen; sean de carácter positivo (obligaciones de hacer como la que conmina al propietario a mantener las fincas en debidas condiciones de seguridad) o negativo (obligaciones de no hacer, como la de no construir sobrepasando determinadas alturas).

Esta actividad que restringe los derechos se encuadra dentro de la llamada "Policía administrativa", que consiste precisamente en la actividad de los entes públicos, cuya finalidad es aplicar las leyes y Reglamentos que limitan la actividad del propietario. GARRIDO FALLA define esta actividad de policía administrativa como el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para el particular ajuste de su actividad a un fin de utilidad pública ⁴².

Lo que interesa aquí es la contrapartida civilística de la policía administrativa. En este sentido, imponen al propietario una serie de prohibiciones, restricciones del uso y aprovechamiento de los bienes u obligación de hacer o de realizar una conducta determinada.

⁴² GARRIDO FALLA, F. "Tratado de Derecho Administrativo". p. 167.

Todas estas limitaciones son un modo de definir el contenido y el ejercicio de un derecho. A ellas se refieren diversas leyes. Así entre otras limitaciones las de seguridad, salubridad u ornato públicos se imponen generalmente en las Ordenanzas municipales a los propietarios de fincas numerosas limitaciones. En la policía de los caminos, cita Castán ⁴³ un Reglamento de 29 de octubre de 1920 que impone a los propietarios de fincas colindantes o próximas a las carreteras una porción de limitaciones, dirigidas a la conservación de aquéllas, entre ellas la de no poner objetos colgantes o salientes que ofrezcan incomodidad o peligro, no cortar árboles situados a menos de veinticinco metros de la carretera sin permiso del ingeniero, etc... y cita otras más.

La Policía de los ferrocarriles (Ley de 23 de noviembre de 1877), la Policía de las industrias, en interés de la Defensa Nacional de la zona marítimo-terrestre, de la economía social, para el uso de aguas, para el régimen de la agricultura, para la conducción de energía eléctrica, régimen del suelo y ordenación urbana, etc.

Con esta variedad de limitaciones que, a su vez se han ido convirtiendo más complejas, parece que el derecho de la propiedad se encuentra configurado por ellos en sus facultades más nucleares.

Desde la perspectiva civilística, lo único que interesa es distinguir las servidumbres legales, con las cuales, las confunde el Código Civil. Nuestro Código Civil, en su artículo 530, define así la servidumbre: "la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño". Se trata de saber cuál es el criterio que delimita entre servidumbre y limitaciones policiales de la propiedad. Ya indica Garrido Falla ⁴⁴ que "desde

⁴³ CASTAN, J. "Derecho Civil". p. 237

⁴⁴ GARRIDO FALLA, F. "Tratado de...". p. 292

Mayer se observa que los inmuebles de propiedad privada están expuestos a soportar "atentados de hecho" por parte de la Administración. El fundamento está en un estado de inferioridad jurídica del propietario que determina las restricciones de la propiedad por causa de utilidad pública".

La servidumbre restringe, no tanto el contenido del derecho de propiedad, cuanto su exclusividad, por lo que las facultades de la propiedad vienen a quedar divididas entre el propietario y el titular de la servidumbre; así es que, desde el punto de vista del propietario, la servidumbre consiste en un "soportar algo". Pero las leyes positivas no han diferenciado entre servidumbre y limitación.

En el llamado "régimen administrativo de la propiedad privada", la policía está constituida por aquellas medidas administrativas que limitan o traban la actividad personal del propietario, en cuanto al propietario, o imponen a la propiedad un sentido determinado.

En conclusión: se puede decir que las limitaciones son un concepto jurídico indeterminado. El artículo 348 del Código Civil las admite, pero para señalar la estructura, el funcionamiento y las consecuencias de las limitaciones hay que estar al caso concreto; hay que acudir a cada legislación en particular.

Todas ellas suponen una subordinación de la titularidad y del ejercicio del derecho a un interés público superior representado por la legislación sectorial; desarrollarla de forma exhaustiva es algo que pertenece al Derecho Administrativo.

Nuestro Código admite esas limitaciones del dominio en la definición misma que da de este derecho (artículo 348 del Código Civil). No las expone al tratar de la doctrina del dominio, sino

recurriendo a las llamadas servidumbres legales. Pero la servidumbre deroga el régimen normal de propiedad, la limitación señala los contornos normales del dominio.

b) Aspecto jurisprudencial

En este desarrollo del problema, debe preguntarse si los jueces y tribunales conciben en su misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 112 CE) algo parecido a las limitaciones del derecho de la propiedad. No tanto saber si tienen un concepto de las mismas -el cual parece ser heredero de la doctrina- sino si en la estructura del derecho de la propiedad en su propio contenido aparecen como normales esas limitaciones del derecho.

Se trata de sacar unas conclusiones generales de la jurisprudencia. El derecho de propiedad es uno de los institutos fundamentales del derecho privado. Teóricamente, todos los temas, implicaciones, problemas, del mismo deberían haber sido desarrollados por los juzgadores de este orden jurisdiccional. Sin embargo, gracias a ese segundo inciso del artículo 348 del Código Civil -origen del problema- no ha sido así. Ha sido la jurisdicción contencioso-administrativa la que más se ha ocupado de las llamadas limitaciones del derecho de propiedad obedeciendo a un interés público, como el del urbanismo. Y por ese tratamiento ha ido su visión, la administrativista, que ha teñido toda su concepción. Cuando el juzgador civil ha penetrado en esa limitación ha señalado que para un propietario supone el utilizar su bien inmueble de una manera determinada por la ley. Ha llegado a tal punto esa limitación que el propietario se interesa más por la situación urbanística del suelo que adquiere que por su situación registral, o por lo menos, atiende a esas dos cautelas (registral y urbanística) en el mismo nivel de atención. "La legislación del suelo impone unas limitaciones al derecho inmobiliario que no es posible desconocer, de suerte que con o sin plan urbanístico han de seguirse forzosamente las condiciones formuladas que dicha legislación establece, cuales son, fundamentalmente, las prevenidas en los artículos 45 y 46 del Reglamento de Planeamiento de 23-6-78 y demás normas

urbanísticas según los cuales el promotor de la parcelación ha de ceder, aunque sea privada y dueño el promotor, el terreno perteneciente para servicios de parques, jardines, dotaciones culturales y asistenciales y religiosas, y el correspondiente a red viaria y servicios, por lo que en el supuesto de no haberse aprobado un plan de actuación urbanística dichas tan dilatadas y complejas instalaciones, servicios y zonas viarias han de pertenecer, las últimas cuando menos, pro indiviso y proporcionalmente a los dueños de las parcelas que forzosa e invariablemente han de servirse de ellas y sin las cuales no podría cumplir funcionalmente con el destino y naturaleza implícitos en las escrituras de adquisición de las parcelas por los actuales propietarios" (S.T.S. Sala 1ª de 13 de marzo de 1989).

La jurisprudencia civil no ha tenido ocasión de trazar las notas definitivas de las limitaciones de la propiedad. Ha sido la doctrina la que ha hecho el esfuerzo de penetrar en su esencia, previa su clasificación, generalmente en relación a las leyes especiales. Por otra parte, ha influido la circunstancia de que los litigantes han tenido que acudir con mayor frecuencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, precisamente por ser leyes de esta clase las que regulan las limitaciones. Ante esta jurisdicción es donde han sostenido que como regla previa la propiedad es libre y que es un principio general del Derecho Civil. Se da, por lo tanto, la paradoja que no ha sido la jurisdicción civil la que ha declarado el contenido del dominio, sino otra jurisdicción que parece que tiene menos incidencia sobre el núcleo del tema.

Algún autor ⁴⁵ propone tratar el concepto de limitación sin tener en cuenta el de servidumbre legal. Sin embargo, el juzgador no ha hecho esta distinción o ha creído que carece de interés para el justiciable, que de todas formas soporta una restricción.

⁴⁵ DE LOS MOZOS, J. "El derecho de propiedad: crisis" p. 272-275.

Realmente, el instrumento que más ha "limitado" la propiedad ha sido la planificación del territorio. Pese a ello, no hay un verdadero Derecho de la Construcción que contemple los aspectos públicos y privados de la materia, para defender a los particulares, propietarios o no, del desorden y de la falta de disciplina... También merece la pena destacar las limitaciones crecientes que según la jurisprudencia obedecen a la conservación de los recursos naturales y de la protección del medio ambiente que ha dado lugar a una amplia legislación.

Si por limitaciones a la propiedad privada se entiende el conjunto de medidas de índole jurídica, que se adoptan con el propósito de armonizar y compatibilizar el ejercicio de la propiedad privada con las exigencias del interés público, de modo que aquel derecho no sólo constituya un obstáculo para el logro de ese interés general sino que, incluso contribuya al mismo ⁴⁶ no se entiende que una sola de las jurisdicciones sea la encargada de llevar a cabo esa compatibilidad que se pretende, aunque se comprende que exista una dependencia según sea el campo a que se aplique.

Las limitaciones impuestas a la propiedad privada en interés público tienden a proteger o beneficiar a la colectividad, a la comunidad, al público en general. Y para ello mismo, su destinatario no es individual, ni tampoco determinable. La distinción entre las limitaciones en interés público y en interés privado tiene importancia, pues influye, directamente en todo lo que atañe a su régimen jurídico, a la asignación del poder de legislar sobre ellas, y a la jurisdicción aplicable cuando se suscitan conflictos o contiendas ⁴⁷. Las limitaciones a la propiedad privada

⁴⁶ ESCOLA, H. "Compendio de Derecho Administrativo". Buenos Aires: De Palma, 1984. p. 1039.

⁴⁷ ESCOLA, H. "Compendio de...". p. 1040.

impuestas en razón del interés público están sujetas a un régimen de derecho administrativo, especialmente de derecho de Policía.

De todas formas lo que se intenta es llegar a una serie de presupuestos previos:

- *No se halla ninguna sentencia que defina lo que son limitaciones en su sentido ontológico. Y tampoco se tiene una visión de la distinción con los límites, aquí relativizada.*

- *Lo que hay concretamente, son sentencias que aplican limitaciones específicas al derecho de propiedad en materias determinadas así (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1991) en relación con la repoblación forestal, donde se discute el órgano de la jurisdicción competente o se mantiene que el propietario cuando se niega a que en su propiedad se haga algo o se grave a la misma está ejercitando una acción negatoria de servidumbre tendente a la declaración de libertad de cargas de su dominio y ello es una cuestión --según el Tribunal Supremo-- de índole puramente civil, cuyo conocimiento corresponde a los órganos de orden jurisdiccional civil. Debiendo aplicarse a este supuesto, la reiterada doctrina jurisprudencial, según la cual la determinación de si se han cumplido o no los preceptos relativos a los modos de adquirir la propiedad y posesión, incumbe exclusivamente a la jurisdicción ordinaria y, en general, que las declaraciones sobre propiedad son ajenas a la competencia de dicha jurisdicción contencioso-administrativo" (sentencia T.S. de 18-7-89).*

También existen alusiones a las limitaciones cuando se trata por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo de las servidumbres. La sentencia de 18 de octubre de 1991, recae sobre la inscripción del derecho de servidumbre "que debe expresar su extensión, límites y demás características y configuraciones como presupuesto básico para la fijación de los derechos del

predio dominante y las limitaciones del sirviente y no puede considerarse como suficiente que la determinación de aquéllas se efectúa cuando se convienen indeterminaciones sobre datos esenciales que afectan a las facultades de inmediato uso material que las servidumbres confieren con la consiguiente vinculación (sin límites temporales en el supuesto) de la propiedad, es una extensión superior a la causa que justifica la existencia de la servidumbre. Quedan indeterminados aspectos como anchura de los pasos o ubicación concreta de las conclusiones de energía eléctrica y de aguas. Se trata de convenios constitutivos de carácter genérico precisados de un ulterior desenvolvimiento que perfile de modo definitivo los gravámenes previstos, debiéndose negar su inscripción en aras de la claridad y precisión que debe presidir el contenido de los pronunciamientos registrales en lo referente a titularidad, extensión y límites de los derechos inscribibles".

Viene a reconocer, desde el aspecto registral, la libertad de la propiedad incidiendo en otra de las conclusiones: la interpretación de las limitaciones del derecho de propiedad debe ser restrictiva; no hace sino reiterar que cualquier limitación debe encontrarse bien precisada y concretada.

Otra materia donde se cita el término limitaciones, siempre en el orden jurisdiccional civil, es en el retracto. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1991 con respecto al retracto de colindantes dice que su "finalidad es facilitar, con el transcurso del tiempo, algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza, finalidad, la expresada que debe presidir la interpretación del artículo 1523 del Código Civil, que regula tal figura, y que, como los demás legales son limitaciones de la propiedad a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general (S.T.S. 17 de diciembre de 1955); ha de orientarse asimismo, su aplicación a cada caso concreto, a fin de que se obtenga el resultado querido por el legislador, dice la sentencia de 29 de octubre de 1985.

No duda en calificar al retracto como limitación de la propiedad a modo de cargas de derecho público, para establecer una interpretación configuradora de las mismas.

Incluso en el Derecho de sucesiones aparece la limitación de la propiedad. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1989 cuando declara: "El artículo 644 prevé la revocación por supervivencia de hijos, que si bien tuvo su origen en la equidad, es recogida en el Derecho Romano y en atención al carácter irrevocable de la donación; de todo ello cabe concluir que nada más acorde a la ética y a la moral, y nada más conforme a la justicia y Derecho por lo que se ajusta al precepto constitucional que reconoce el derecho a la propiedad privada si bien se sabe con aquellas "limitaciones" que le son inherentes en atención a la función social que delimita su contenido, limitaciones que en el supuesto de autos se encuentran en aquellas posibilidades revocatorias que la ley establece, por lo que, en consecuencia no cabe tratar de inconstitucional el invocado precepto artículo 544.1 del Código Civil, lo que presupone el no estimar procedente plantear la cuestión de su inconstitucionalidad y desestimar el motivo".

En otras sentencias sobre Propiedad Horizontal hace el Tribunal Supremo apreciaciones sobre las limitaciones de la propiedad. En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1989 dice: "Toda limitación a la propiedad individual, al derecho singular, ha de interpretarse de modo restrictivo.

Debe citarse la sentencia de 26 de febrero de 1988 también sobre la propiedad horizontal: "en la concepción del legislador, el derecho sobre cada piso es un derecho de propiedad sin más limitaciones que las legales; esta forma de propiedad se rige por la voluntad de los interesados, salvo disposiciones legales imperativas.

De todo ello hay que llegar para un análisis de la jurisprudencia civil en esta prolemática a una serie de conclusiones:

No se encuentra en ninguna sentencia una definición de lo que es una limitación del derecho de la propiedad. Se las equipara a las cargas; se pasa a hablar de ellos cuando lo hace de las servidumbres, etc... en definitiva, es un concepto indeterminado sobre el cual el Tribunal Supremo no ha podido profundizar en él.

Por otra parte, lo que se estudian son sentencias que aplican al derecho de propiedad limitaciones concretas, basadas en leyes especiales, que se plantean ante órganos jurisdiccionales, que no son civiles y que han de concretarse a la aplicación de los preceptos sin poder penetrar en el contenido del Derecho de Propiedad.

Sin embargo de esta jurisprudencia puede extraerse una doctrina o línea conceptual sea cualquiera el orden jurisdiccional de que proceda.

Se pueden extraer unas orientaciones: el Tribunal Supremo propone como método de interpretación de las limitaciones del derecho de propiedad un criterio restrictivo de las mismas. Ello, resulta coherente con la doctrina que afirma la libertad como base del derecho de propiedad y de sus facultades. Se puede añadir que cuando el juzgador se encuentra en caso de duda ante la existencia o no de una limitación del derecho de propiedad, lo resuelve por la no declaración de restricciones.

Un criterio que se debe señalar, que aparecerá claro en el urbanismo, es el de la proporcionalidad que ha de existir entre las limitaciones al derecho y el interés público que se protege.

Las limitaciones se establecen con una visión general, con una indeterminación de los propietarios afectados, dentro de una planificación económica. Ese concepto es un concepto de interés público o utilidad social amplio (sentencia de la Audiencia de Cataluña de 15 de junio de 1985) comprendiendo una gran gama de actividades para el bien común, que deben matizarse

para que solo recaigan sobre el propietario en la medida necesaria para conseguir la finalidad de interés general que fundamenta la limitación. Esta modulación de las limitaciones, o adecuación de ellas a su fin, supone un principio de proporcionalidad.

9.- CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD

Planteamiento

La Constitución significa en nuestra Historia un momento, no solo de importancia política, sino de una gran complejidad jurídica que se refleja en el ordenamiento positivo. En efecto; la aparición de la Constitución de 1978 ha supuesto un replanteamiento de todos los conceptos jurídicos. Sobre el Derecho de Propiedad, la Constitución se proyecta en diferentes aspectos. El artículo 33 de la misma reconoce el derecho "a" la propiedad y a la herencia. Lo que interesa destacar es cómo y de qué manera se produce este reflejo constitucional y la forma de acomodar la interpretación del Código Civil a los principios de nuestra Carta Magna. Hay quien ha expresado que puede hablarse de un Derecho Privado Constitucional, para explicar una rama del Derecho que conecta directamente el Derecho Privado General, que es el Derecho Civil y el sistema que la Constitución establece. Mas concretamente se formula el concepto de Propiedad Privada Constitucional¹. Hay que advertir que esta definición no es sencilla porque la Constitución no describe lo que sea la propiedad privada; aunque la referencia al Código Civil es obligada, también lo es al resto de la legislación especial.

9.1.- Noción de Propiedad Privada Constitucional

La formulación del precepto constitucional que contempla la propiedad (art. 33 CE) no ha venido a significar una brusca solución de continuidad con el sistema anterior. El precepto constitucional puede ser entendido, en general, como impulsor de la continuidad "matizada" del

¹ NAVARRO, J. "Propiedad Privada y Constitución: la forma agraria". Granada: TAT, 1988. p. 117.

sistema anterior ². La Constitución española ha optado por proteger y garantizar la propiedad privada como institución y además, como derecho subjetivo. El artículo 33 de la CE está ubicado en una sección que lleva por título: "De los derechos y deberes de los ciudadanos". Ello quiere decir --según NAVARRO-- ³ que la propiedad privada no se sanciona como atributo de la personalidad, y que el contenido del derecho de propiedad privada se puede configurar de modo variable; la propiedad privada es un derecho de carácter patrimonial. Este derecho está encuadrado en un sistema y un modelo económico que nuestra Constitución establece. La Constitución no reconoce la propiedad privada como un derecho de la personalidad, pero sí la sitúa entre los derechos y deberes fundamentales en el Título I. Esto lleva a que la concepción como derecho patrimonial sólo sea concebible en la realización de valoraciones sociales sobre la utilización que en concreto el propietario puede hacer del bien.

Uno de los primeros problemas que tiene que resolver cualquier organización social y cualquier ordenamiento jurídico es la atribución de los bienes económicamente valiosos cuando por su naturaleza, son bienes escasos ⁴. En ese marco se debe plantear al estudio de la Constitución. La Constitución ha heredado los postulados liberales franceses y de los padres de la independencia americana. De ellos se deduce que establece la libertad de empresa como

² "Comentarios al Código Civil". Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Publicaciones, 1991, Tomo I. p. 97.

³ NAVARRO, J. ob. cit. p. 124.

⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Vol. I. Tecnos 1984. p. 46.

consecuencia de la propiedad y de la herencia de modo específico reconocido antes, como se advierte a través de los debates parlamentarios de la Constitución ⁵.

Su concepto de la propiedad se halla teñido de un deseo de seguridad para el propietario. La propiedad privada sigue siendo un "prius", esto es, uno de los fundamentos del sistema que expresa el tipo de organización de que tratemos. Esta idea persiste en la Constitución con la consecuencia de que la propiedad se constituye en uno de los principios de nuestro orden público económico. Junto a él, el principio de la autonomía de la voluntad.

La propiedad se presenta, en nuestra Constitución como el sustento del poder de control o gestión de los aprovechamientos de que es susceptible un determinado bien ⁶. *El ordenamiento jurídico protege al propietario de una manera diversa de aquella con la que protege a los titulares de otras relaciones jurídicas diferentes. Se tutela la relación que permite al titular utilizar en exclusiva un determinado bien; el poder de decidir cual deba ser entre los jurídicamente posibles, el destino económico del bien.*

El concepto constitucional de la propiedad es normalmente más extenso que el civil, abarcando usualmente todos los derechos patrimoniales privados. Pero incluyendo el factor social en el propio concepto de propiedad.

⁵ GARRIDO FALLA, F. "El modelo económico de la Constitución Española". Madrid: Instituto de Estudios Constitucionales, 1981, p. 257.

⁶ MONTES, V. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo". Madrid: Cívitas, 1980. p. 240.

La propiedad constitucional, pues, presenta contrastes con la propiedad del Código Civil. De ahí que sean diferentes. También --señala BARNES-- las construcciones operadas para consentir la intervención pública. El concepto de la propiedad del Código Civil es el liberal: absoluto y libre, eventualmente limitable "ab externo" por expresar previsiones legales; el contenido o concepto de la propiedad constitucional es delimitado y diseñado "ab interno" en los términos más convenientes para la colectividad.

El propietario, desde la C.E. de 1978, ya no es solo el titular de un derecho sobre el bien, sino mejor, el titular de algunos poderes, que tienen por objeto el bien.

Lo que ocurre es que resulta útil y beneficioso, --además de garantía de libertad-- la permanencia del instituto de la propiedad porque con su conducta "finalizadora" que le tiñe en su contenido (vg. función social) predeterminada por la C.E. y el legislador, atendiendo a la colectividad, también la atribución del poder del propietario es diferente en el sistema civil y en el "privado constitucional"; en el primero la propiedad absoluta es expresión de un omnímodo derecho de libertad y, en consecuencia, de la autonomía de la voluntad; en el segundo -- propiedad constitucional-- se concibe también como instrumento para satisfacer intereses superiores.

El artículo 33 de C.E. puede sistematizarse en una doble estructura dentro de su párrafo primero: se puede contemplar la posición jurídica privada del propietario y además se halla reflejada la posición jurídica del interés público, vertiente ésta que se traduce en las decisiones del Poder para determinar que tipo de aprovechamiento se reconoce sobre cada clase de bienes. Ambos elementos forman parte integrante del concepto constitucional de la propiedad privada que así mutuamente equilibra. Lo que ocurre, es que la C.E. al no ofrecer propiamente un concepto de propiedad, presupone que ha de admitir uno previo, aunque ello no debe interpretarse como una manifestación del iusnaturalismo.

El derecho de propiedad no se concibe como un valor aislado, sino como una institución integrada dentro de la serie de los fines y valores constitucionales cumpliendo una función complementaria de la actividad económica. Por tanto, tampoco es absoluta la potestad delimitadora de los poderes públicos sobre el derecho de propiedad privada.

En el sistema de la Constitución este equilibrio del que se habla se encuentra también en que aparecen determinados bienes económicos como especialmente protegidos y por la idea de una movilización de la riqueza en favor del interés general.

Utilizar el término "propiedad privada constitucional" no supone una ruptura con el concepto del Código Civil, pero si globaliza una nueva visión; un nuevo impulso al legislador para modernizar las instituciones equilibrándolas y no acudiendo a un abandono de conceptos que sería perjudicial. En todo caso, la tradición del concepto no ha sido un obstáculo. Estos antecedentes han hecho surgir en Italia y posteriormente en otros países lo que se ha llamado derecho civil constitucional ⁷, que viene a representar un esfuerzo de reconstrucción de los conceptos dogmáticos más importantes del Derecho Civil (propiedad, contrato, etc.) desde la perspectiva de la propia Constitución. Entre otros autores (PERLINGIERI (X) ha acabado ⁸ por formular un concepto válido de "Derecho Civil Constitucional"; el centro de este sistema sería el llamado "personalismo constitucional" lo que significaría que hay que organizarle en torno a la "dignidad de la persona". El derecho de propiedad dimana de la dignidad de la persona humana y es uno de los derechos que le reconoce la Constitución, siendo complemento natural de la iniciativa privada que también reconoce. Durante mucho tiempo, la doctrina ha perdido

⁷ DE LOS MOZOS, J.L. "Ciclo de conferencias de...". p. 137.

⁸ DE LOS MOZOS, J.L. "El derecho de propiedad: crisis...". p. 137.

de vista el factor puramente "personal" de la propiedad que, en una época de crisis económica, se ha de volver a reivindicar.

El Derecho Civil no puede quedar de espaldas a una nueva situación. En parte, ese aspecto social y constitucional ha hecho que los conceptos elaborados dentro del Derecho privado hayan influido en la construcción dogmática del Derecho público. Desde nuestro texto constitucional se trasluce no un concepto individual o liberal del dominio, sino una propiedad en la que el interés puramente egoísta del "dominius" puede venir templado de varios modos por la exigencia de la consecución del objetivo que cada vez más, trasciende a la restringida esfera del titular del derecho.

9.2.- El "iter" parlamentario del derecho de propiedad

Cuando surge en la doctrina el debate sobre el concepto de propiedad, muchas de sus ideas y valoraciones ya habían sido planteadas por los constituyentes, en su discusión parlamentaria. Pero realmente son varias las críticas que se han realizado de este debate, aludiendo a que evitó un cuestionamiento serio sobre el tema⁹. Parece interesante ver cómo se concibió el derecho de la propiedad en un modelo económico; así como también la forma de entender la propiedad¹⁰. De ningún modo apareció una preocupación por modular un concepto de propiedad flexible y receptor de los cambios sociológicos.

⁹ NAVARRO, J. "Propiedad privada y...". p. 79.

¹⁰ Consulta a través del libro "Constitución Española. Trabajos Parlamentarios". Madrid, 1980.

En la intervención de FRAGA IRIBARNE ¹¹ se observa que debe concebirse una base ética de la propiedad, aunque luego se discuta sobre la conquista de distintas parcelas de poder. Su visión está teñida de un individualismo liberal en la que la libertad y la dignidad de la persona están unidas a la propiedad privada. Era una visión que viniendo de la tradición (fiel a la permanencia del instituto de la propiedad), tenía que aparecer.

Por parte del grupo parlamentario socialista se planteó una ruptura de la visión tradicional. Así RAVENTOS CARNER ¹² consideraba "regresivo dados los avances sociales alcanzados en el mundo civilizado en los últimos treinta años. Constitucionalizar, es decir, elevar a rango de una ley fundamental pretensiones ya anticuadas y decimonónicas como el sacrosanto derecho a una propiedad privada, sin matizaciones, la propiedad privada ya no se admite como un concepto sin matizaciones y sin una amplia tipología de las diferentes clases de propiedad".

Quería concebir a la propiedad privada no como un atributo de la personalidad o soporte de la libertad individual que suponía --dice NAVARRO-- una protección a ultranza del "statu quo", una paralización de la transformación de la propiedad.

El número 2 de Anteproyecto (actual 2º del 33 C.E.) no sufrió cambios en su discusión parlamentaria pese a la importancia capital del tema de la función social.

El número tercero del artículo 33 sufrió dos modificaciones en el Senado; se sustituyeron las palabras "ningún español" por "nadie" y se añadió el término "derechos" al de "bienes". Así

¹¹ "Constitución Española. Trabajos...". p. 2054.

¹² "Constitución Española. Trabajos...". p. 2049.

el diputado DE LA VALLINA de Alianza Popular ¹³ sostenía que si no existía indemnización previa en un supuesto de privación singular de la propiedad; en un supuesto de sacrificio especial, no puede hablarse de expropiación forzosa, sino de un supuesto de confiscación de bienes. El representante socialista contestó que se trataba de equilibrar el poder creciente de la Administración y las garantías crecientes en el mundo occidental de los administrados. El representante comunista Sr. TAMAMES consideraba como posible una gran reforma por tener un artículo 123,2 C.E. ¹⁴ que permitía que los poderes públicos establecieran medios para el acceso de los trabajadores a los medios de producción. Realmente, por la posición de este grupo político se pensaba en una "socialización" de la propiedad, lo que no parecía estar en el espíritu del grupo mayoritario de centro ni siquiera el socialista, que fué mucho más matizado como resulta de las palabras de FAJARDO SPINOLA ¹⁵. "No estamos en el concepto absoluto del artículo 348 del Código Civil --concepto heredado de la tradición romana-- sino, por el contrario, estamos ante un planteamiento moderno y pensamos también, en un planteamiento progresista del concepto de la propiedad privada que consiste en que la misma no se define absolutamente y en general en la Constitución, sino que se desmitifica el contenido de la propiedad para definirse para cada tipo de bien que vaya a ser regulado a través de la ley".

Se planteó también el tema de la planificación económica y su influencia en la propiedad. Pero esta planificación se debe encuadrar en un sistema que parte de la propiedad privada de los medios de producción, según GARCIA AÑOVEROS "no es más que una racionalización de la política económica a largo plazo, el plan será indicativo ...que implicará siempre limitaciones

¹³ "Constitución Española. Trabajos...". p. 4088.

¹⁴ "Constitución Española. Trabajos...". p. 4100.

¹⁵ "Constitución Española. Trabajos...". p. 4101-4102.

para el sector público y privado, porque una ley de planificación establece unos objetivos por medios coercitivos directos o indirectos ¹⁶...

De los resultados de los discursos parlamentarios se puede deducir según Navarro ¹⁷*que la propiedad privada tal y como venía configurada en el ordenamiento preconstitucional jugó un papel importante y parece que los constituyentes no concebían adoptar en el futuro formas diferentes de propiedad, aunque el cambio de régimen jurídico, le afectó el determinados aspectos. Podían no discutirse los elementos del concepto de propiedad, mas sí su contenido, lo cual tampoco sucedió.*

El debate parlamentario se trabó sobre la indemnización correspondiente a la privación singular del derecho de propiedad (expropiación) y al carácter previo del pago de la misma , la palabra "mediante" del art. 33.3 del C.E. no implicaba ni una expoliación ni "previa" una garantía absoluta ya que pueden producirse otros ataques a la propiedad privada desde la delimitación de su contenido o su vinculación ¹⁸.

Para el grupo popular la garantía indemnizatoria del derecho de propiedad quedaba puramente teórica, no le ofrecía confianza. El grupo comunista concebía una indemnización que fuera "adecuada" ¹⁹ pues le parecía ridículo defender la fórmula del previo pago era algo irreal. El

¹⁶ "Constitución Española. Trabajos...". p. 4287 y ss.

¹⁷ "Constitución Española. Trabajos...". p. 93 y ss.

¹⁸ "Constitución Española. Trabajos...". p. 4102 y ss.

¹⁹ "Constitución Española. Trabajos...". p. 4099.

grupo socialista estuvo satisfecho porque se rompió un mito el derecho de la propiedad tenía que cumplir una función social, pero no llegó a decir en ningún momento que la propiedad "era" una función social ²⁰.

La U.C.D. resaltó el carácter equilibrado del precepto entre el interés público y privado en toda su redacción.

En suma; un resultado parlamentario discreto el de la gestación del artículo 33 C.E. con un debate exclusivamente centrado en el supuesto de pérdida del derecho del propietario, (expropiación) y el pago de la indemnización, pero poco influyente en la doctrina y en la jurisprudencia.

De su lectura no obtenerse una definición del concepto, ni la aparición de nuevos elementos que lo configuren de un modo diferente, a como venía siendo concebido con anterioridad a la Constitución, se perdió la oportunidad de fomentar el debate sobre elementos conceptuales cambiantes (limitaciones, función social, etc...).

9.3.- Antecedentes Constitucionales del artículo 33 de la Constitución española.

Una orientación doctrinal que parte de GARCÍA GOYENA, tiende a cifrar en Las Partidas el arranque histórico del sistema jurídico español de la propiedad. Pero lo que nos interesa no es buscar referencias remotas ni trazar una panorámica de la reglamentación de la propiedad en las diversas fases de nuestra historia jurídica, sino acercarnos a los precedentes constitucionales del artículo 33 de la Constitución.

²⁰ "Constitución Española. Trabajos...". p. 4101.

La Constitución de 1812 en su art. 172 decía: Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes: "... no puede tomar la propiedad de ningún particular ni Corporación, ni turbarse en la posesión, uso y aprovechamiento de ella y si en algún momento fuese necesario para un objeto de conocida utilidad pública común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le de el buen cambio a bien visto de hombres buenos".

En la Constitución de 1837 su artículo 10 establece: "No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de interés común, previa la correspondiente indemnización".

En la de 1845 se repite literalmente este precepto.

El artículo 13 de la Constitución de 1869 dispone: "Nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial".

La de 1876 es más explícita en su artículo 10: "Ni se impondrá jamás la pena de confiscación de los bienes y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado.

La Constitución de 1931 dice en el artículo 44: "Toda la riqueza del país, quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las Leyes".

En la época de las Leyes Fundamentales su artículo 30 del Fuero de los Españoles: "La propiedad individual como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales familiares y sociales es reconocida y amparada por el Estado. Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y al bien común la riqueza no podrá ser destruída indebidamente ni aplicada a fines ilícitos".

Al indicárlas entre los antecedentes normativos no se pretende tampoco darles carácter constitucional a estas leyes, pero interesa destacar que en ellas ya existe la preocupación social en el propio concepto.

Como puede observarse, nuestra historia constitucional no contiene un precepto que defina la propiedad; el concepto se da por supuesto y admite la propiedad desde la perspectiva de la tradición jurídica romana. Las Constituciones se fijan en la privación del dominio, (expropiación) y en la compatibilidad del poder del propietario con la faceta social del Derecho, que solo aparece a partir de la Constitución de 1931, donde ya se contempla la subordinación de la propiedad al interés general. El mismo camino sigue la Constitución de 1978: sintetiza estas características, pero no define, sino que recoge el concepto de propiedad del Código Civil.

9.4.- Aspecto económico-constitucional de la propiedad

Lo primero que destaca la doctrina es que la Constitución propone un "modelo económico"; modelo económico en el que juega un papel preponderante el derecho de propiedad. Cabe interpretar el contenido del artículo 33 como un ejemplo del compromiso ideológico entre las distintas fuerzas políticas constituyentes. Así se puede observar en los debates parlamenta-

rios ²¹. En estos debates quedó claro desde el primer momento, que se iba a definir un orden jurídico que no removía el "statu quo". No otra cosa hace la Constitución al decir que "se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia". Con ello estaba legitimando las situaciones propietarias establecidas ²². Reconoce la C.E. la propiedad como derecho fundamental, ya que se sitúa en el Título I de la misma, pero como derecho patrimonial y no como derecho de la personalidad. Considerar la propiedad privada como derecho de la personalidad puede conducir a un absurdo, sin que pudiera entenderse, cómo se predica del mismo una función social ²³. El primer párrafo del art. 33 implica el reconocimiento constitucional de la propiedad privada en términos de libertad económica, esto es como una de las conquistas del Estado liberal de Derecho, encaminada a asegurar al individuo una protección frente a cualquier ingerencia estatal o privada en el disfrute de sus bienes ²⁴. La propiedad privada es el apriorismo dogmático que permite explicar la unidad institucional del liberalismo. La propiedad individual es la suprema ética del liberalismo. Es algo más que un mero adjetivo porque se le ha dado un contenido apriorístico (poder individual tendencialmente perpetuo sobre las cosas inmuebles) ²⁵. Por su parte, el apartado segundo al atribuir a la función social la delimitación del contenido de la propiedad evoca los postulados del Estado social del Derecho.

²¹ "Constitución Española. Trabajos Parlamentarios". Madrid: 1980.

²² NAVARRO, J. "Propiedad privada y...". p. 82.

²³ NAVARRO, J. "Propiedad privada y...". p. 83.

²⁴ PEREZ LUÑO, A.E. "Comentario a las leyes políticas". Madrid: Edersa, 1983, Tomo III. p. 405.

²⁵ ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. "La propiedad en...". p. 10.

Esta forma de Estado cifra como meta de sus instituciones la armonización de los intereses sociales de acuerdo con las exigencias de la solidaridad y la justicia social.

Lo que hay que establecer en este apartado es si nuestro ordenamiento constitucional consagra o no a la propiedad privada como un derecho fundamental. Al decir de MONTES ²⁶ la propiedad constituye un derecho de los ciudadanos, no fundamental, que es objeto de tutela exclusivamente a través de un recurso de inconstitucionalidad de una ley o disposición normativa con fuerza de ley que no haya respetado el contenido esencial de la propiedad privada. Sin embargo, no faltan opiniones contrarias ²⁷. Su propia inserción en el Título I que trata "De los derechos y deberes fundamentales" la C.E. define todos los derechos y deberes contenidos en el Título I como "fundamentales" y alude textualmente al rotular el capítulo 4º de dicho título a las "garantías" de las libertades y de derechos fundamentales. Estas opiniones creen que sigue siendo la propiedad un derecho fundamental, si bien se ha producido un progresivo trasvase desde el plano de los derechos individuales al de los derechos sociales, más adecuado para asumir íntegramente su compleja problemática.

El Tribunal Constitucional "máximo intérprete de la Constitución" (LOTC art. 1º) ha fijado el análisis y comprensión del derecho de propiedad reflejado en la Constitución. Así en la sentencia de quince de enero de 1991 dicho Tribunal señala: "Conviene recordar que el derecho de propiedad garantizado por el art. 33 de la C.E. es desde la vertiente individual, un derecho subjetivo que cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad

²⁶ MONTES, V. "La propiedad privada en el...". p. 161-162.

²⁷ PEREZ LUÑO, A.E. "Propiedad privada y herencias en conexión a las leyes políticas". En "Comentarios a las leyes...". p. 407.

legítima la expropiación apareciendo así esa conversión directamente conectada y supeditada al fin mismo de utilidad pública que la justifica".

En la sentencia de 26 de marzo de 1987 dice: "Estos tres apartados del art. 33 no pueden ser artificiosamente separados, revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia III/1983 (fundamento jurídico octavo) desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual [...] en efecto, la referencia a la función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general [...] no es ocioso añadir ahora que la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil".

En parecidos términos se expresa la sentencia de 19 de diciembre de 1986.

Se puede indicar que el derecho de propiedad es un derecho no fundamental, lo que repercutirá también en su régimen jurídico de defensa y garantía. Pues un derecho fundamental (de la personalidad) no admite una conversión pecuniaria, no está en su "esencia", es contrario a su naturaleza, de manera que no tiene esa dimensión social tan acusada que posee el derecho de propiedad.

Para completar su análisis hay que hacer una referencia a su modelo económico, su contenido esencial y la llamada función social con toda su problemática; sin acudir a estas cuestiones el análisis es insuficiente e incompleto.

9.5.- Propiedad y modelo económico del Estado.

La propiedad privada debe conectarse con la garantía de un orden en el que cada persona pueda conseguir los instrumentos materiales para su libertad e igualdad concebida dentro de la estructura de la persona. Se vincula desde esta perspectiva con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (art. 92 de C.E.); también se halla relacionado con la garantía de medios materiales para asegurar el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 C.E.) y también y, sobre todo, como condición indispensable para el ejercicio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 C.E.). Pues esa libertad de empresa conlleva que la producción, el intercambio y la contratación de los bienes y de los servicios se realicen por los particulares de manera libre y espontánea. Se encuentra este principio en relación con el reconocimiento de la iniciativa privada en la actividad económica²⁸. Desde esta óptica el derecho ve a la propiedad y no "de" la propiedad aparece situado en las coordenadas de un Estado que se define como social y democrático (art. 1.1 C.E.). La tutela de la propiedad privada fue la bandera con que, en nombre de la libertad, se hizo la Revolución Francesa; primero para acabar con los grupos corporativos, más tarde, para tutelar la iniciativa económica por encima de la propiedad²⁹. Es obvio que para superar el Estado liberal, como la Constitución quiere se exige la intervención estatal en los procesos

²⁸ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Madrid: Tecnos, 1984, Vol. 2º. p. 47.

²⁹ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. "La propiedad en la...". p. 44.

económicos. Intervención que la C.E. exige en numerosos preceptos que afecten a la propiedad y a la vida económica.

Así, art. 131.1 cuando se le permite "planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas"... no se entiende cómo se consigue esto sin afectar al modelo de propiedad, y más la propiedad del suelo. Dogmáticamente, es difícil sostenerlo.

También el art. 129.2 C.E. encomienda a los poderes públicos la promoción de la participación de los trabajadores en la empresa y el establecimiento de los "medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción". Podría ello conllevar según algunos a una tercera modalidad de propiedad, (propiedad autogestionada).

Aparece la propiedad como un instrumento para satisfacer necesidades básicas mediante el pleno desarrollo de las capacidades humanas, que tiene como límite el derecho de los demás a que no se les excluya del bienestar social, para ello debe articular los oportunos instrumentos públicos en la economía. Instrumentos de cuya amplitud mal se puede hacer un estudio posible, pues dependerá de una mayoría parlamentaria. En otros textos constitucionales el principio de libertad de libre empresa sólo resulta constitucional y garantizado por la vía indirecta del reconocimiento de la propiedad. (Ley Fundamental de Bonn 8 de mayo de 1949, arts. 14, 15, 12-1³⁰).

El hecho de que ni el viejo liberalismo del Estado abstencionista ni el neoliberalismo puro sean los inspiradores de nuestra Constitución, no puede significar la negación de la economía de mercado. Se trata de una libertad directamente alegable ante los tribunales de la jurisdicción

³⁰ GARRIDO FALLA, F. "El modelo económico...". p. 121.

ordinaria (civil, penal, contencioso-administrativa y laboral) y una ley que respete el contenido esencia de la libertad de empresa podría ser impugnada (y anulada) ante el Tribunal Constitucional.

En este modelo económico y en los fines que la C.E. quiere conseguir de redistribución de la riqueza cabe la privación singular del derecho de la propiedad la expropiación (reconocido en el art. 33.3 Cc). No se ha penetrado en él porque no se trata de tocar las formas de pérdida de la propiedad, una de las cuales es la expropiación. Pero no se puede negar que forma parte del modelo económico que la Constitución concibe, siendo, por otra parte, respetuosa de nuevo con nuestro Código Civil (art. 349) que reconoce esa posibilidad expropiatoria. Hasta tal punto se llega en esa posibilidad que el Tribunal Constitucional trata la propiedad como un derecho convertible en indemnización, como ínsito en su naturaleza. Aquí, por el contrario, se propone concebir la expropiación como una forma de pérdida del derecho de propiedad y que no conforma su contenido ni su concepto en el derecho privado constitucional.

Hay que señalar que también el punto de la libertad de empresa interesa sólo como encuadre económico del derecho de la propiedad. Una concepción social del derecho ha tenido que ir introduciendo evidentes restricciones a la libertad económica. En primer lugar, la economía planificada en la cual la producción y distribución de bienes y de servicios se ajusta a las directrices del plan y en segundo lugar, un sistema de economía dirigida, donde el Estado interviene en la actividad económica con el fin de corregir anomalías o de alcanzar determinados fines (mejor distribución de los recursos y de la riqueza).

En todo caso, no se trata de que la planificación sustituya al mercado ni amenace a la propiedad. Antes bien, la propiedad está afectada en esa planificación social.

La C.E. se vertebra en torno a la propiedad privada y la libertad económica en una forma de Estado social y democrático de derecho ³¹

Sin embargo, las opiniones doctrinales indican que la planificación económica se caracteriza y cumple una función diferente según el sistema económico en que opere. En un sistema capitalista, como el nuestro, que reconoce la propiedad privada, la planificación se debe limitar a ser complementaria de los mecanismos de mercado, esa complementareidad tendrá desde luego, una gradación que en una época crítica en la economía tenderá a ser mayor.

Se pueden concluir estos aspectos económicos del derecho de la propiedad resumiendo que está concebido como un instrumento básico en el sistema occidental al que pertenecemos. La Constitución, no deja ver con claridad dentro de la libertad de empresa que establece (art. 38 C.E.), hasta qué punto será delimitado el derecho de propiedad ³² que nunca podrá ser suprimido, puesto que el artículo 33 lo reconoce. Serán los sucesivos gobiernos que cuentan con un texto constitucional que les permite, cuando no les induce, a la intervención en la vida económica, los que puedan regular de un modo amplio o estricto al derecho de propiedad que permanece como institución que la C.E. reconoce, pero que no define ³³, ni aquí tampoco se hará.

9.6.- Contenido esencial del derecho de propiedad

³¹ "Constitución española. Trabajos...". p. 4292.

³² NAVARRO, J. "Propiedad privada y...". p. 91.

³³ NAVARRO, J. "Propiedad privada y...". p. 81.

Llegados a este punto hay que plantearse cual sea el contenido del derecho de propiedad a la luz de la "nueva" concepción surgida de la Constitución y de la labor de modernización que, poco a poco, se ha hecho del Derecho Civil. Se trata de saber qué zona irreductible es la que puede defender el propietario ante la intervención pública. El artículo 53.1 de la C.E. cobra ahora nuevos perfiles de la configuración legal que conduce a distintos resultados, pese a que el concepto de propiedad ha sido respetuoso con la tradición ³⁴.

Partiendo de que existe un "contenido mínimo" del derecho de propiedad, la ley debe respetarlo forzosamente. Pero lo que está claro es que si la ley siempre que se haga de modo no singularizado, puede detraer poderes del propietario habría que preguntarse qué alcance puede darse al reconocimiento constitucional de ese límite del Poder Legislativo.

El artículo 53 dice que: "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)".

El derecho de propiedad se encuentra en ese capítulo segundo y es el contenido esencial el que hay que fijar. Esta garantía ³⁵ constituye una innovación en el sistema constitucional español, cuya importancia en orden a la tutela de los derechos fundamentales no puede ser soslayada.

³⁴ "Comentario al Código Civil". Madrid: Ministerio de Justicia, 1991. p. 955.

³⁵ "Comentarios a las leyes políticas...". p. 409.

En la República Federal Alemana el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn garantiza que los derechos fundamentales en ningún caso podrán ser afectados por la ley en su contenido esencial. De este antecedente, y en la misma línea se encuentra el artículo 53 citado. Por lo tanto hay que fijar los puntos de interés que se derivan de esta norma.

La dicción literal del párrafo 2º del propio artículo 33 plantea varios tipos de cuestiones. De una parte, contiene una reserva de ley con todo lo que esta técnica conlleva, que permite una interpretación amplia; y se debe entender por disposiciones legales "las que no tengan rango de Ley Formal". No caben limitaciones establecidas reglamentariamente.

La reserva de ley del artículo 53.1 C.E. es una reserva relativa, material (o materialmente reforzada, bien de modo negativo) y de carácter general o abstracto, no para casos concretos.

Es reserva de ley ordinaria, no orgánica (de las que prevé el artículo 81 C.E.) por lo que cabe la legislación delegada (art. 82 C.E.) según ha establecido la sentencia del T.C. 111/1983 de 2 de diciembre.

El propietario tiene "per se", la competencia para decidir sobre la inserción del bien en el proceso económico, en uno u otro sentido. Pero ante una ley que privara de tal facultad al dueño habría que preguntarse si se le estaría expropiando. Según alguna formulación el contenido esencial de la propiedad constituye, de una parte, el límite de la intervención del Estado; por otra parte, el criterio que nos ha de permitir --in limine-- distinguir entre configuración de los derechos y privación de los mismos. Se trata --según MONTES--³⁶ de no suprimir el instituto de la propiedad por obra del legislador ordinario.

³⁶ MONTES, V. "Ciclo de conferencias...". p. 47.

La conservación de todas y cada una de las situaciones concretas de la propiedad estaría en contradicción con la posibilidad de establecer limitaciones y con la referencia a la función social. Lo cierto es que sin un contenido mínimo y sin un contenido apriorístico del derecho de la propiedad el artículo 33.1 de la C.E. queda en el terreno de una declaración, de un deseo.

El derecho "a" la propiedad privada, por su ubicación constitucional es uno de los segundos derechos, delimitado en su contenido por las leyes ordinarias, de acuerdo con el criterio de la función social. Por debajo de ese contenido está la privación del derecho, la forma de perderlo, la expropiación. La ley puede --y debe-- reducir o ensanchar el poder del propietario, pero respetando en cada caso un mínimo esencial, por debajo del cual nos encontraremos ante un supuesto de expropiación. Tanto si fuera intervención estatal o local; en cualquier caso, esa intervención debe ser justa y en un valor convertible por la indemnización.

La doctrina extranjera (alemana e italiana) ha influido en el constituyente español, pero esa dicotomía de distinguir entre ablación y limitación, entre generalidad y singularidad, etc. no son completamente trasladables a nuestro sistema. La respuesta no es fácil, pues hay que contemplar el "pluralismo" de la propiedad (Su variedad de formas), el poder que en cada caso y sobre cada bien se le concede al propietario. El artículo 33.2 y 53-1 se exigen mutuamente para poder explicar cuál es el contenido esencial. Se han de coordinar para saber cuál sea el papel que en la configuración del derecho atribuye la Constitución a la intervención del Poder. La doctrina no consigue definir el contenido esencial y el Tribunal Constitucional mas que una respuesta, ofrece una indicación que ha de permitir que el jurista encuentre respuesta caso por caso. El artículo 33-1, C.E. se refiere al reconocimiento a los particulares de un ámbito genérico de apropiación, disfrute y transmisión de los bienes económicos; en tanto --dice López-- que el art. 33.2 de la C.E. se mueve en el plano de la delimitación de concretos estatutos de la propiedad. Según la transcendencia económico-social del bien, y solo con referencia a esa delimitación tiene

un sentido hablar de "contenido esencial" para respetarlo ³⁷. Lo ha dicho el Tribunal Constitucional (T.T.C. 15 de enero de 1991): "...por todo ello corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con "cada" tipo de bienes y, consecuentemente, apreciar también las exigencias dimanantes de las necesidades colectivas que imponen la conversión de la propiedad en un equivalente económico por medio de la expropiación forzosa.

Para la doctrina y la jurisprudencia "la determinación" del contenido especial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene marcada por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable o lo despojan de la necesaria protección". (S.T.C. 11/1981 de 8 de abril).

Según lo expuesto, para establecer el "contenido esencial" de la propiedad hay que remitirse al conjunto de limitaciones y regulaciones en cada caso concreto, establecidas por las normas.

El problema consiste en determinar cuándo el legislador no ha respetado el contenido esencial al regular el Derecho de Propiedad; esto supone analizar la incidencia de la ley sobre el Derecho ³⁸. Significa señalar límites al Poder Legislativo, cuando limita al Derecho de Propiedad, significó también predicar la autolimitación del Poder del Estado.

³⁷ LOPEZ Y LOPEZ, A. "La Disciplina Constitucional...". p. Madrid:Tecnos,1988,p.152.en"Temas clave de la Constitución".

³⁸ MARTIN BLANCO,J.La ley 8/90 de 25 de julio sobre reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo. Madrid: Colex 1992. p. 20.

Un primer supuesto sería el de una ley que define ella misma el contenido: tal es el caso de la ley francesa de 31 de diciembre de 1975, que señala el número de metros cuadrados construibles por metro cuadrado de suelo: el llamado "plafond de densité". Por encima de ese techo o límite el derecho de edificar es de la Administración. El mismo criterio sigue la ley italiana de 28 de enero de 1977. En estos casos, se trata de un problema de interpretación constitucional de la ley. El Tribunal Constitucional ante el que se plantea la cuestión de constitucionalidad de leyes de este tipo, debe declarar si conforme a los valores y principios de la Constitución, la norma puede considerarse constitucional o ser expulsada del ordenamiento jurídico. Pero cuando la ley no define el contenido de una manera tan clara, sino que éste resulta afectado por el conjunto de preceptos que componen el texto legal, el intérprete constitucional debe seguir alguna pauta. Para ello parece que se debe partir del artículo 348 del Código Civil, completado por las leyes esenciales: en él se reconocen tres facultades especiales del dominio: el goce, el disfrute y la reivindicación de la cosa. Estas facultades, no pueden tomarse como una suma de las mismas, sino como una tipificación de las posibilidades de actuación del dueño sobre la cosa. Se quiere decir que presuponiendo la titularidad privada sobre la cosa, (sin la cual estaríamos en un sistema colectivista), el contenido esencial se halla en el conjunto de las facultades del propietario. Si se suprimieran las señaladas en el artículo 348 es evidente que no solo se habría atacado el contenido del Derecho, sino el Derecho mismo, quedaría un Derecho vacío, sin posible utilidad.

Pero la cuestión surge cuando, respetando la existencia de estas facultades, se las restringe. Como la Constitución no ha definido el contenido esencial, lo ha hecho el Tribunal Constitucional en las citadas sentencias y especialmente en las de 8 de abril de 1981 y 26 de marzo de 1987; de ellas se deduce que la metodología seguida por el Tribunal Constitucional consiste en contemplar el Derecho Subjetivo en sus dos componentes: 1) el interés jurídicamente protegido y 2) el Poder del titular sobre la cosa. El fondo o sustancia del derecho, es un bien, un medio del mundo exterior, sobre el cual el propietario tiene interés en aprovechar de todas las maneras



posibles ³⁹, pero se ve constreñido a una "limitabilidad" de esas facultades, más aún, a su concreción.

Formalmente ese interés se traduce al exterior como un conjunto de facultades que se hallan reconocidas de tal modo que pertenecen a un tipo o categoría de derechos subjetivos: el Derecho definido en el artículo 348 del Código Civil. Ambos aspectos son indisolubles porque desposeyendo al propietario de determinadas facultades o restringiéndolas de modo absoluto, se pierde el interés jurídico protegido. Hasta dónde puede llegar el recorte o reducción de facultades es un problema de hecho que en cada caso tendrá que determinar el Tribunal Constitucional. Ha de realizarlo comparando el texto legal al conjunto de valores sociales asumidos por la Constitución; tales son entre otros: La Propiedad como medio para la satisfacción de necesidades individuales y familiares (artículo 35), el reconocimiento de la Economía de Mercado (artículo 38) y la realidad social, pues aunque este principio lo establece el artículo 3-1 del Código Civil, como valor interpretativo ha de ser utilizado por el Tribunal Constitucional.

En esta tarea se hallan comprometidos todos los agentes jurídicos, pero es tal la fuerza "de lo fáctico" en estos elementos constitucionales que la doctrina "por sí misma" se ve incapaz de llegar a conclusiones prácticas; por cuanto el contexto legal (constitucional) y social (de "mutación" o cambio drástico) empequeñece el propio análisis dogmático-jurídico. El contexto que prevalece la Constitución no es el de una crisis, pero se puede amoldar a él. No se trata de

³⁹ PEREZ LUÑO, A.E. "Comentarios al artículo 33 de la Constitución", en "Comentarios a las Leyes Políticas". El autor se refiere a la tendencia alemana: interés del propietario y obligación del ordenamiento en respetarlos. Pero lo mismo sucede en todo Derecho subjetivo.

un simple cambio o dificultad económico, es más bien un clima político y económico de descreimiento y de respuesta social brutal ante el gobernante o clase poderosa ⁴⁰.

⁴⁰ OGBURN, W.F. "Inmovilidad y persistencia en la sociedad". En R. Nisbent y otros. "Cambio social". Madrid: Alianza Universidad, 1988. p. 61. versión española de L. LOVELACE.

10.- LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD

10.1.- Planteamiento

La Constitución ha supuesto un nuevo replanteamiento de las instituciones de Derecho Civil. El Derecho de Propiedad no puede ser una excepción. No se puede concebirlo sin tener en cuenta su implicación fundamental en un sistema económico. Es una pieza clave de la llamada, "Constitución Económica", de la configuración de la Economía que quiere establecer la Carta Magna, dentro de un Estado social y Democrático de Derecho. Para ello hay que aludir a los antecedentes dogmáticos, legislativos y Parlamentarios de la función social, y examinar las consecuencias de la constitucionalización de la misma dentro del Derecho de Propiedad, del artículo 33 de la Constitución.

En el intento, sin duda complejo, de enfrentarse a un concepto polémico, que pretenda explicar a que obedece la constitucionalización de la función social, hay que señalar que ha dejado de ser solamente una actitud ideológica para integrarse en un contenido normativo conformador de la institución. No se puede compartir la posición doctrinal que reduce su valor al de un concepto jurídico indeterminado, porque no es más indeterminado que otros. Lo que ocurre es que se halla cargado de un contenido político tangible, que se reflejará en la legislación concreta que afecte a la Propiedad. Aquí, no se trata de inventar un concepto que sustituya al de función social, sino el de establecer un nuevo significado de ese concepto adaptable a la época de crisis económica, en su período más virulento. Por tanto, tampoco se intenta dar un concepto de "función social", elemento a su vez de otro más amplio (propiedad), sino de establecer su entendimiento jurídico en una época de crisis económica en España.

La expresión función social es equívoca, pues no aclara qué cosa sea, ni cómo se cumpla: en una ideología liberal será el mejor modo de actuar cada cual según su conveniencia ¹. La actividad del dueño no es una función, una función se halla destinada a la actuación de un interés ajeno y no propio, como el del dueño y además a un interés público y no privado como el del propietario.

La doctrina española mayoritaria acepta el concepto de función social compatibilizándolo con el de derecho subjetivo: el poder que se otorga al propietario debe compatibilizarse con las conveniencias de la comunidad, mediante limitaciones que se fundamentan en ese interés que representa la función social. En los ordenamientos que mantienen la propiedad tradicional es un derecho subjetivo, hay una autonomía individual, pero ejercitado dentro de los límites que resultan del orden social. Además la función social en relación con los bienes inmuebles tiene un alcance mucho mayor que en los bienes muebles. Aunque la Propiedad no es una función social en el sentido de que se otorgue el poder sobre la cosa en beneficio de la comunidad, sino para satisfacer intereses privados propios, tampoco es exclusivo de este derecho estar sometido a las exigencias del interés general. La función social cumple un papel de reconocimiento de correlación entre el fin individualista del propietario y el fin de la colectividad. La propiedad no es una función social, pero cumple una función social. Su existencia como derecho individual se justifica en sí misma y no por el servicio que pueda prestar a la sociedad. No es un elemento estructural de la definición del Derecho de Propiedad Privada, sino una apelación externa para legitimar una propiedad moderna.

¹ LACRUZ, J. "Elementos...". p. 187; ESPIN, D. "Manual de...". p. 74; ALBALADEJO, M. "Derecho civil...". p. 247; MONTES, V. "Comentarios al Código Civil", Ministerio de Justicia... p. 954; RIOS ALVAREZ, L. "El principio constitucional de la función social de la propiedad", en "Homenaje al Profesor Garrido Falla". Madrid: Complutense, 1992. p. 1534.

Existen conceptos jurídicos o expresiones legales que conllevan un debate perpetuo. Esto ocurre cuando se trata de la función social de la propiedad. Se debe partir de un hecho: no hay que discutir la admisión de ese concepto jurídico porque es una idea o teoría asumida por la doctrina, sino como está reflejada. Lo que no se puede aceptar como posición metodológica es su negación o reconocimiento. Eso está superado por la doctrina hace tiempo. Lo que se debe es analizar su papel en el derecho de la propiedad, en su estructura; cómo se debe entender este concepto actualmente, es decir, dentro del sistema jurídico proveniente de nuestra Constitución y el resto de la legislación vigente. El planteamiento del tema ha de hacerse de una manera ordenada. En primer lugar se debe aclarar lo que se entiende por función dentro de un contexto jurídico para ver más tarde la evolución de ese concepto y sus consecuencias para la propiedad y su contenido. Resulta curioso constatar cómo algunos juristas, después de analizar el concepto de la función social de la propiedad, denuncian su vaguedad y hasta llegan a cuestionar su sinceridad o autenticidad.

10.2.- Significado jurídico de la función de la Propiedad

Verdaderamente es fácil demostrar --dice RODOTA-- que se ha hablado de la expresión "función" desde hace tiempo. El autor, a quien se sigue, conecta este término con el derecho subjetivo al que ve compatible y respetuoso con él. La expresión "función" individual sería la atribución de un poder a un particular. La función de la sociedad, y en esto coincide con ASCARELLI, debe venir de la visión del capitalismo no sólo derivada de la propiedad individual, sino también de la estructura y del funcionamiento de esta propiedad dentro del proceso productivo. Concibe la función social como una característica típica del sistema jurídico capitalista. Las teorías que niegan la admisibilidad de una función en materia de propiedad, la

negación --dice RODOTA--² se funda en que en esta expresión existe una contradicción entre la idea de función (como vínculo) y la idea de derecho (como libertad). Pero la identificación de propiedad y libertad, aunque hoy continúe teniendo apoyos positivos, puede ser ampliamente atacable desde el punto de vista filosófico si se toma de un modo rígido y desde el económico no puede suponer un obstáculo metodológico.

Frente al derecho subjetivo se ha opuesto con frecuencia un concepto de función un tanto nebuloso y calcado del de los publicistas (crítica de Barassi), que confunden Función y Poder.

Lo cierto es que cada vez aumenta la frecuencia de las opiniones doctrinales que reconocen directa o indirectamente la compatibilidad del concepto "funcional" con el derecho subjetivo. Suele ocurrir en todos aquellos supuestos que limitan el rechazo de la funcionalización a los casos en que no está sancionado por una norma especial, pues salvo que una ley lo prohíba, no existe una inconciabilidad lógica entre los dos términos, el de derecho subjetivo y una función.

La simple contraposición entre función y derecho no es la vía metodológicamente más exacta para reflexionar acerca de la propiedad. Según BARASSI³ se puede afirmar que una construcción de la propiedad totalmente adherida al paradigma del derecho subjetivo sólo es posible a costa de un total sacrificio de la "función". Tampoco vale la opinión de quienes ven en la progresiva disminución de poderes del propietario un análogo papel al de un funcionario

² RODOTA, S. "El terrible derecho...". p. 223.

³ BARASSI, L. "La proprietà del nuovo codice civile". Milán: 1941. p. 47.

del Estado como hicieron las teorías totalitarias ⁴ *La posición integradora es la que mayores logros puede aportar.*

Por tanto, la función se manifiesta, en primer lugar, como falta de atribución al propietario de determinadas facultades; en segundo lugar como conjunto de condiciones para el ejercicio de las facultades atribuidas y, finalmente, como obligación de ejercitar determinadas facultades sobre la base de una apreciación libre o de acuerdo como modalidades señaladas ⁵. *La propiedad llamada a desarrollar una función social no es la propiedad derecho subjetivo, sino la propiedad como institución jurídica* ⁶.

De todas las ideas de función y derecho subjetivo se deduce que el problema no radica tanto en la naturaleza de la propiedad, que deberá seguir teniendo un núcleo de poder para la satisfacción del interés del titular, cuanto de la determinación de ese "mínimo de derecho" en cada caso y además, en la explicación teórica o --si se quiere-- dogmática del fenómeno de una propiedad intervenida o controlada.

La idea de función, en conclusión, no debe ser puesta en entredicho; no excluye de ninguna manera la categoría paradigmática del derecho subjetivo, pues no supone una negación ni una reducción de las facultades del propietario por el mero hecho de admitir su existencia

⁴ LAVAGNA, C. "La doctrina nazional-socialista del diritto e dello Stato". Milán: 1938. p. 100.

⁵ RODOTA, S. "El terrible...". p. 238.

⁶ SANTORO PASARELLI, F. "Propietá et lavoro in agricoltura". Roma: 1953. p. 64-86.

dogmática. La idea de "función social" --como capacidad objetiva de aplicación de los bienes a fines sociales-- es permanente ⁷.

Más bien se habla de la función social como perteneciente a la propia estructura del derecho de propiedad; pero indudablemente negar el cambio radical que ha traído al mismo no tiene sentido, pues las leyes positivas ya reflejan el concepto jurídico autónomo y sólido de la "función social". Se puede concebir el término "función" como el poder para cumplir un deber, en este caso y al seguir la línea integradora de los conceptos, ese deber será social.

10.3.- Aparición del concepto función social de la propiedad

Durante el presente siglo se asiste a una creciente expansión de la idea de la función social, como de manera eminente trasciende no sólo en la doctrina, sino también en la propia legislación.

La idea con precedentes en AUGUSTO COMTE, se atribuye a LEON DUGUIT, quien concede a la propiedad la naturaleza de función social y no de derecho subjetivo ⁸.

⁷ RIOS ALVAREZ, L. "El principio...". p. 1549.

⁸ O'CALLAGHAN, X. "Compendio de...". p. 76.

VON GIERKE señalaba en 1889 que la propiedad no podía justificarse sirviendo únicamente al interés egoísta del individuo, sino sólo en la medida en que entrañe deberes sociales que la obligen a perseguir los intereses de todos ⁹.

Fue DUGUIT quien contribuyó decisivamente a consagrar la expresión y polarizó su argumento en defensa de la función social en su carácter necesaria para justificar cualquier tipo de riqueza ¹⁰. En la doctrina española SEMPRUN y GURREA estudia en 1933 el sentido funcional de la propiedad. La propiedad, según SEMPRUN, es en primer término función de la necesidad; la propiedad es en efecto, una función; una función o servicio social. Pero DUGUIT fiel a su tenaz e inútil empeño de suprimir el derecho subjetivo quiere partir de esa supresión para explicar lo que es función social. DUGUIT critica la doctrina civilista de CHENEAUX (contemporáneo), que señalan bien lo que tiene el derecho de absoluto, de exclusivo. Siempre según SEMPRUN y GURREA, DUGUIT ha decaído en la crítica que él hace y dice: ¹¹ "lo grave es no ver que la propiedad por intensa y exclusiva que se la represente en sus manifestaciones concretas no puede afectar, de hecho, por razones físicas ni como hecho por interna falta de vigor vital para su desarrollo, es decir, por interna falta de justificación racional para mas extensas y absolutas expansiones más que a aspectos, zonas o partes de las cosas o sus aprovechabilidades".

⁹ VON GIERKE, O. "Die soziale Aufgabe des Privatechts". Berlín: 1946. p. 13-25

¹⁰ Ver DUGUIT, L. "Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón". (Traducción de C. González Posada). Chile: de Val, 1987. p. 179.

¹¹ SEMPRUN, J. "Sentido funcional de la propiedad". p. 328, que constituye un primer estudio valioso. Madrid: 1993.

Al ser un concepto jurídico occidental, nada tiene de novedoso que nuestro artículo 33.2 de la C.E. apele a la función social como criterio delimitador del contenido del derecho a la propiedad privada. DE LOS MOZOS realiza un recorrido cronológico de la función social: la idea se engendra por la existencia del llamado "Derecho social" en las postrimerías del siglo XIX y de la crítica generalizada al individualismo jurídico, si bien no toma fuerza hasta el período de entreguerras al resplandor de la Revolución de octubre que ha prende en la legislación y constituciones. Propone dicho autor ¹² caer en la cuenta de que la idea de "función social de la propiedad" tiene unos precedentes más modernos: surge doctrinalmente de una forma decidida con ocasión de la crítica al pandectismo alemán como expresión dogmática de que éste suponía un individualismo y un uniformismo burgués. La verdadera idea moderna de la función social surge de esta crítica del individualismo jurídico; los precedentes más remotos no interesan, a nivel jurídico ¹³. Otras aportaciones doctrinales son las de MENGER, DUGUIT, el italiano SOLARI; en España, AZCARATE, SANCHEZ ROMAN, JOAQUIN COSTA... ¹⁴

Junto a ello el concepto de función social se inicia en el colectivismo que arranca con fuerza en el siglo XIX en una manifestación de la idea comunista y socialista sobre el pensamiento humano.

¹² DE LOS MOZOS, J.L. "El derecho de propiedad: crisis...". p. 111.

¹³ Ver Otto VON GIERKE. "Deutsches Rechtsdenken". Frankfurt: 1948. Cuaderno 12.

¹⁴ RIVERO HERNANDEZ, F. "Idea general de la propiedad en la etapa precodicial" en "Centenario del Código Civil (1889-1989)". Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, Tomo II. p. 1728-1754.

Estas teorías colectivistas combaten el interés privado como el único fundamento de la propiedad. Las manifestaciones con el tiempo serán el nacional socialismo, el fascismo, el comunismo, que trascendieron al plano legislativo.

*Antes de estos fenómenos aparece la doctrina social de la Iglesia. La Iglesia rechazó el liberalismo, pero sólo en sus planteamientos erróneos, no como sistema económico. Según la Iglesia la propiedad asegura una zona de autonomía en el ser humano pero tiene una implicación social cuyo fundamento es el destino común de los bienes. Según algún autor ¹⁵ nuestra época ha vivido un "catolicismo social" consecuencia más que nada de una crisis religiosa y se ha trivializado lo que se entiende por "doctrina social" de la iglesia (Vg. Encíclica *Rerum novarum*, 1861 o la *Mater et Magistra* 1961, *Gaudium et spes* 1965, recientemente la encíclica de Juan Pablo II, "Centesimus annus").*

La misión de la Iglesia es criticar los valores éticos, cuando alguno de ellos está en crisis.

Por último se constitucionaliza la función social y el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1987 de 26 de marzo dice que la función social de la propiedad ha de ser entendida no como un límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

La experiencia política de nuestro siglo permite afirmar que en todos los países, aunque con intensidad y motivaciones muy diversas, se ha puesto el acento sobre la aptitud de los bienes

¹⁵ DE LOS MOZOS, J.L. "El derecho de propiedad: crisis...". p. 167. Para ver todas las encíclicas "Rerum novarum" (1861), "Mater et Magistra" (1961), "Gaudium et spes" (1965).

para satisfacer no solamente las exigencias del propietario particular, sino también las necesidades de la colectividad. Con ello se llega a afirmar el carácter "social" del dominio. Se ha hecho necesario coordinar las exigencias individuales y las del Estado.

Tal es el contexto de la llamada "función social de la propiedad": un criterio de valoración de las situaciones subjetivas en relación con los principios de solidaridad social o, si se quiere, de utilidad pública, de bienestar social y otros de los llamados "conceptos indeterminados" o "conceptos válvula" ¹⁶.

En los textos constitucionales europeos, la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 es la que establece un modelo más acabado y equilibrado en lo que se refiere a la funcionalización o vinculación social de la propiedad ¹⁷. Tenía un precedente en el art. 153 de la Constitución de Weimar. El artículo 19 proclama: "1. Se garantizan la propiedad privada y el derecho a la herencia; 2. La propiedad obliga. Su utilización debe servir al bien de la comunidad. 3. Sólo el bien de la comunidad legítima una expropiación. Esta solo puede tener lugar por una ley o en virtud de una ley que determine el alcance y el tipo de indemnización ha de determinarse con arreglo a una equitativa ponderación de los intereses de la comunidad y de los afectados".

En Suiza, una reforma realizada en 1969 que introduce los artículos 22 ter y 22 quarter es un modelo que parece acentuar el aspecto garantista de la propiedad privada. Dice el artículo 22 ter:

¹⁶ MONTES, V. "Comentario al Código Civil". p. 955.

¹⁷ LOBATO GOMEZ, J. "Propiedad privada del suelo y derecho a edificar". Madrid: Montecorvo, 1989. p. 159.

"1. La propiedad está garantizada. 2. En la medida de sus atribuciones constitucionales, la Confederación y los Cantones pueden, por vía legislativa y por motivos de interés público, prever la expropiación. 3. En caso de expropiación y de restricciones a la propiedad equivalentes a la expropiación es debida una justa indemnización".

En Portugal, la Constitución de 2 abril de 1976, en su artículo 62.1 garantiza el derecho a la propiedad privada diciendo: "A todos le es garantizado el derecho a la propiedad privada y su transmisión en vida o por causa de muerte, en los términos de la Constitución".

Todos estos textos influyen en la nueva concepción del derecho de propiedad. Es un concepto jurídico reconocido, no se puede compartir la opinión de aquellos que indican que no lo es. El concepto de nuestro Código Civil está mucho más cerca de posibilitar una conciliación de los intereses privados con el interés público o social, que del riguroso individualismo del Codé ¹⁸.

Para otros autores la idea de función social procede de la doctrina social de la Iglesia y se encuentra muy ligada con los movimientos doctrinales tendentes a poner límite a la tradicional absolutividad del dominio ¹⁹.

Es verdad que la idea de función social preserva a la propiedad en un sistema económico que continúa siendo capitalista, pero es verdad también que la interpretación sistemática de la C.E.

¹⁸ LOBATO GOMEZ, J. "Propiedad privada del suelo...". p. 230.

¹⁹ Para ver el análisis actual de la función social, RIVERO YSERN, J.L. En torno a la expropiación de uso de la tierra por incumplimiento de su función social (Informe Andaluz de Reforma agraria, 1989.).

El ejercicio del derecho de propiedad no debe lesionar intereses sociales y el ámbito de sus facultades se ve reducido por no poder ejercerse en detrimento de los intereses colectivos. Al aumentar en la crisis económica la necesidad social, se reduce ese núcleo del derecho individual.

Estas premisas son recogidas en la evolución legislativa anterior a la Constitución.

Así se concebía en las Leyes Fundamentales posteriores a 1936. Debe consignarse la Declaración XII del Fuero del Trabajo de 1938 en la que: "El Estado reconoce y ampara la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales familiares y sociales" si bien se subordinan todas las formas de propiedad "al interés supremo de la nación, cuyo intérprete es el Estado" que "asume la tarea de multiplicar y hacer asequibles a todos los españoles la forma de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana".

En el Fuero de los Españoles los artículos 30 y 31 se decía: artículo 30: "la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares o sociales, es reconocida y amparada por el Estado. Todas las formas de propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y el bien común. La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruída indebidamente, ni aplicada a fines ilícitos".

Artículo 31: "El Estado facilitará a todos los españoles el acceso a las formas de propiedad más íntimamente ligados a la persona humana: hogar familiar, heredad, útiles de trabajo y bienes de uso cotidiano".

Así el Principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional que reconocía "a la propiedad en todas sus formas como derecho condicionado a su función social".

Anteriormente, el artículo 44 de la C.E. de 1931: "toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes..."

10.4.- "Iter" parlamentario de la función social

El Anteproyecto Constitucional (BOE de 5 de enero de 1978) decía en los dos primeros números del art. 29: "1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes".

En su elaboración parlamentaria, la redacción de estos preceptos no se modificó a lo largo de los debates parlamentarios. Produce extrañeza al jurista que ello sucediera. Si se dio ese grado de consenso es que las diversas fuerzas estuvieron de acuerdo en su existencia, puesto que no tuvo concreción mayor, aspectos en los que necesariamente habrían discrepancias.

En cualquier caso, en una Constitución consensuada está claro que este punto, obtuvo el reconocimiento lo que indica que el tema ha pasado de ser un elemento político y por lo tanto polémico, a uno de los componentes del Derecho de Propiedad.

Los constituyentes se encontraron con algunas normas que definen la función social de la propiedad y que sancionaban su incumplimiento con la Expropiación Forzosa. Así la ley de 1 de abril de 1977 sobre propiedad de viviendas de protección social construídas por el Ministerio de la Vivienda y el Real Decreto de 14 de abril de 1978 que la desarrolla.

En esta ley se definía el incumplimiento de la función social de este tipo de viviendas cuando no se dedican exclusivamente a domicilio permanente; la función social de las viviendas de protección oficial es proporcionar hogar digno y adecuado a las familias de menores recursos

económicos. Pero cuando se mantengan habitualmente desocupadas, sin justa causa, se utilicen para otros fines, o se tenga otra vivienda de iguales características, se incumple la función social.

Esta situación es peculiar porque el propietario no tiene "ab initio" un derecho, sino que lo adquiere de la Administración, que le adjudica una vivienda de protección oficial. Sin embargo era la norma mas clara sobre lo que puede entenderse como un uso antisocial del Derecho de Propiedad.

Por consiguiente, resultaba tan evidente que en este caso la sanción expropiatoria se imponía por la propia naturaleza de las cosas, que no tuvo repercusión en el debate parlamentario previo a la Constitución.

10.5.- La función social y su papel en nuestro sistema patrimonial

La función social del derecho y de los bienes sobre los que recae, es un criterio delimitador del contenido del derecho de la propiedad y una directriz para el surgimiento de los deberes legales del propietario.

El derecho de propiedad es un derecho expuesto siempre a su sacrificio en aras de la utilidad pública o el interés social. El derecho de propiedad puede decaer, lo que no ocurre con

otros ²⁰. En toda época histórica, ha existido la contraposición de diversos intereses. En una época de crisis se acrecientan.

Para el individualismo, el Estado debe respetar totalmente el derecho de propiedad, reconociéndole un carácter absoluto.

Para el socialismo, las medidas estatales restrictivas de la propiedad no deben tener límite alguno basado en este derecho ²¹.

Podría decirse que este análisis era maximalista. Sin embargo, era así la visión en las épocas subsiguientes a la codificación española ²².

La función social no es concebida por la doctrina como elemento estructural de la definición misma del derecho. Hoy la función social de la propiedad es "parte integrante del derecho mismo" como declara el T.C. en su sentencia de 26 de marzo de 1987.

²⁰ MARTIN BLANCO, J. "El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo". Madrid: Montecorvo, 1964.

²¹ VALLET DE GOYTISOLO, J.B. "Estudio sobre el derecho de cosas". p. 133.

²² NAVARRO, J. "Propiedad privada y..." p. 93.

*"La función social es una apelación externa para legitimar una propiedad que, en la conciencia de los hombres, ha perdido su capacidad configuradora del orden social" dice ARECHEDERRA*²³.

*Pero que la propiedad desempeña una función social es una afirmación común de muchos autores y de textos constitucionales como el italiano y el español. La dificultad estriba en discernir el significado y virtualidad de esta expresión*²⁴.

*Según LACRUZ la mayoría de la doctrina opina que la proclamación de la "función social" del dominio en los textos constitucionales entraña un modo de interpretación de los preceptos vigentes y un freno de la actividad del legislador; pero la actividad del propietario no es función, porque toda función se halla destinada a actuar un interés ajeno (no propio, cual es el del dueño). "La propiedad privada --dice FUENMAYOR-- está llamada a cumplir un servicio de orden en la vida social, en su triple aspecto: económico, jurídico y político. En rigor, todo depende de la concepción que se tenga acerca del fin de los bienes económicos, así como acerca de la naturaleza de los derechos privados, entre ellos el de propiedad"*²⁵.

Vistas que fueron estas posiciones negativas a la admisión de la función social (por incompatibilidad de las ideas de función como vínculo, repugnaría a la idea del derecho, como libertad), sin embargo, ha recibido de sus defensores la idea de la función social como "regla moral"

²³ ARECHEDERRA, I. "Propiedad y constitución de servidumbres". Madrid: Dykynson, 1993. p. 1133.

²⁴ LACRUZ, J. "Elementos de...". p. 115.

²⁵ FUENMAYOR, A. "Estudios de derecho civil". Madrid: Aranzadi, 1992. p. 623.

viene influida por el pensamiento católico. Según esta posición dogmática, la propiedad, "tiene", no es, una función social. Queda circunscrita a la esfera de los deberes morales, aunque para la estructura del derecho no le afecta para nada ²⁶. *Otros han defendido la "función social de la institución" y se ha sostenido que la propiedad no es la propiedad en cuanto derecho subjetivo, sino en cuanto institución* ²⁷.

Conviene decir que la Constitución aplica la idea de función social como criterio delimitador de todas las situaciones de propiedad. La idea de función social se corresponde con la presencia en cada tipo de propiedad de un interés no propio del titular, en general un interés público cuya tutela ha de corresponder a la Administración pública (o al Estado) ²⁸.

Lo que ocurre es que ha cambiado el esquema tradicional de la propiedad desde el momento en que el ordenamiento prevé que el ejercicio de las facultades no se dirija solamente a la satisfacción del interés (privado) del titular, sino que también se orienta a la satisfacción de exigencias más generales de la propiedad en su conjunto. Quizá, este análisis sosegado no sea posible en la época de crisis económica.

Por todo ello, la función social no queda en la faz externa del dominio, sino que penetra en su interior. Forma parte de su núcleo más íntimo.

²⁶ MONTES, V. "La propiedad privada en...". p. 489.

²⁷ LANDI-POTENZA: "Manuale di diritto Administrativo". 3ª Ed. Milán: 1967. p. 113.

²⁸ MONTES, V. "La propiedad privada en...". p. 192.

Esa es la idea central que se expresa a través de la "función social" de la propiedad.

Se trata de un principio organizador de la comunidad social, un principio "político" dentro del sistema patrimonial ²⁹. Lo que tampoco es incompatible con que pertenezca al propio concepto de propiedad.

El derecho de propiedad, como cualquier otro derecho subjetivo, tiene estructura y función. Es un problema, el de la función social que está en íntima relación con la utilidad social de los bienes, conectada con todo el sistema económico.

Según NAVARRO, que coincide con la opinión más actual, la función social significa un principio configurador por parte del legislador para determinar el contenido de la propiedad privada ³⁰. Además es un principio modulador del intervencionismo del Estado en la propiedad privada. Gracias a existir el, su uso ha de ser moderado y racional.

La función social es el ejemplo de que la propiedad tiene actualmente unas exigencias nuevas. Se trata de modernizar a una institución tradicional como dice RODOTA ³¹. Existen autores (RADBRUCH) ³² que no aceptan esta expresión a la que califican de un invento de la sociedad,

²⁹ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FENANDEZ, T.R. "Curso de Derecho...". p. 69

³⁰ NAVARRO, J. "Propiedad privada y...". p. 145.

³¹ RODOTA, S. "El terrible....." p. 268.

³² RADBRUCH;G"Kulturlehre des Sozialismus". Berlín: 1927. p. 52.

una "mentira convencional" y que no es nada más que una hipocresía lo que está latiendo en esta teoría de la función social.

Tal vez sin llegar a una drástica visión, pues es ya un concepto acuñado a las leyes, tenga alguna razón esa parte de la doctrina pues las discusiones sobre la función social han tenido un mejor escenario de actuación entre los estudiosos que en la conciencia de jueces y políticos; dice RODOTA ³³ que tiene un componente de utopía, de ilusión para llevar a cabo profundas renovaciones sociales, ello es cierto. Pero esto hoy no puede mantenerse en su integridad, en nuestro sistema pues el legislador y el juez pueden invocar este concepto que aparece (cada vez más tipificado) en los supuestos expropiatorios por lo que se puede defender su reflejo concreto.

10.6.- Función social y expropiación

La propiedad privada goza en nuestro sistema de una defensa cuando se le ataca. Hay cierta parte de la doctrina que ve en la función social un ataque sistemático al propietario individual ³⁴, un "instrumento" del que goza discrecionalmente el Estado para hacer prevalecer sus fines sin problemas mayores. Esta misma parte de la doctrina califica al concepto de función social como una expresión confusa, desordenada. Acusa a los creadores de la función social de servir algunas veces para fundamentar las limitaciones del dominio, frente al interés del propietario y a la vez se pretende que, desde las limitaciones se construya la estructura y el contenido del derecho, lo que supone un contrasentido: la negación del mismo. El error de estos

³³ RODOTA, S. "El terrible...". p. 269.

³⁴ DE LOS MOZOS., J. "El derecho de propiedad: crisis...". p. 160.

detractores de la doctrina de la función social dice este sector ³⁵ está en considerar que la propiedad que regula el Código Civil no admite limitaciones y creen que con esta concepción de la propiedad no se sirve al interés social.

Siendo respetables estas valoraciones, lo que se mantiene ahora es que el debate doctrinal tiene mayor sentido actualmente. Cuando un texto legal de reciente redacción como es el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992 lo establece y define o cuando lo establece como criterio para la expropiación del derecho de la propiedad, no se puede adoptar una postura de descalificación hacia un concepto jurídico recogido y potenciado por el legislador ³⁶. Así tampoco se puede esgrimir el argumento de la historicidad, diciendo que es un concepto "relativo" en el tiempo, de tal forma que lo mismo pasaría con el propio concepto de propiedad y sin embargo, de él sí que se acepta su cambio y transformación.

Por eso lo que hay es que fijar las características del concepto; eso es tarea de la doctrina y también de la jurisprudencia.

Dado que lo que más interesa al jurista es compatibilizar el interés público y el privado, pero sin que éste sea atropellado por ser la parte más débil, se trata de establecer las garantías del derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional será en última instancia el encargado de establecer el concepto límite de la función social, al ser el máximo órgano en cuanto al

³⁵ DE LOS MOZOS, J.L. "El Derecho de propiedad: crisis...". p. 182.

³⁶ TRLS. Art. 5, 206.

conocimiento de las garantías constitucionales. Ello ocurre cuando la función social sólo se encuentra enunciada sin más. Por ello, hay que fijar su sentido.

Tiene sostenido este Tribunal (S.T.C. 15 de enero de 1991) que el derecho de propiedad garantizado por el art. 33 del texto constitucional es un derecho que "cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación" apareciendo así esa conversión directamente conectada y supeditada al fin mismo de utilidad pública que la justifica. En la medida, pues, en que la expropiación esté fundada en un fin público o social, ninguna lesión del contenido esencial del derecho de propiedad se producirá, ya que ese contenido no exige, ni conlleva, ineludiblemente, el que la declaración de utilidad pública o interés social se encuentre previa y genéricamente...

Dice el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de marzo de 1987 que "la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social define, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de la propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

"Pues en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto constitución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas (...) hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito".

El T.C. sigue fijando el concepto de función social cuando éste queda sólo enunciado; así en la sentencia de 19 de diciembre de 1986 dice que "la transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto de derecho de propiedad privada, al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de la justicia social".

Más doctrinal es la S.T.C. de 15 de enero de 1991 que, básicamente, resume muchas de las ideas que se han ido viendo, aunque concretada más bien en el instituto de la expropiación forzosa. Cuando esta función social constituye la aplicación concreta del principio de solidaridad de la propiedad privada lo conveniente es analizar sus dos términos función y social ³⁷. Se puede ver que la doctrina (y el T.C.) respeta la idea de derecho subjetivo como un contenido abstracto y homogéneo pasando a constituir una figura compleja donde se combinan deberes, límites y obligaciones con poderes y facultades de manera diferente en cada caso, según los intereses tomados en consideración por el ordenamiento.

El término "social" puede estar empleado por el legislador con diversos significados. El social puede significar la medida de legitimidad del obrar del individuo en relación con la comunidad. Después sigue diciendo ESCRIBANO COLLADO, el término social puede encerrar un significado de "clase" social que aquí no es el caso ³⁸.

³⁷ ESCRIBANO COLLADO, P. "Propiedad privada urbana". p. 117.

³⁸ ESCRIBANO COLLADO, P. "Propiedad privada urbana". p. 121.

Por último, el término se utiliza por el legislador como criterio de valoración de situaciones jurídicas unidas al desarrollo de determinadas actividades económicas, así se habla de interés social, fin social, etc...

La función social constituye un principio ordenador de la propiedad privada que, como tal, se inserta en el ordenamiento constitucional. No se trata de una mera fórmula verbal indicadora de un grupo de obligaciones impuestas al propietario por diversas disposiciones legales. Esas obligaciones pueden encontrar su fundamento en títulos distintos de intervención como el orden público patrimonial o la actividad de Policía de la Administración Pública ³⁹.

La función social viene en ocasiones configurada por los textos legales. Así en nuestra Ley de Expropiación de 16 de diciembre de 1954 la exposición de motivos al tratar los procedimientos especiales de expropiación especifica la expropiación forzosa por incumplimiento de función social de la propiedad. La expropiación viene motivada por el incumplimiento de la finalidad del ejercicio del derecho de propiedad, que la ley asigna a determinados bienes. El interés de la Administración es conseguir que el fin se cumpla, pero sin extraer el bien de la economía privada, porque de pasar a la Administración la cosa expropiada, se frustraría la finalidad. Para conciliar el respeto a la propiedad privada y a la función social se exige que una norma haya definido previamente la función social y no que se trate del interés social indefinido que existe en tal derecho subjetivo. El art. 72 de la LEF especifica una serie de requisitos previos a la declaración de expropiación que deberá formular el Decreto correspondiente del Consejo de Ministros entre ellos: declaración de la función social por ley. Puede operar de dos maneras: 1) o bien por ley se define la función social de una cosa en concreto, 2) o de una categoría de objetos; en el segundo caso es preciso un Decreto del Consejo de Ministros que especifique la

³⁹ ESCRIBANO COLLADO, P. "Propiedad privada urbana". p. 123.

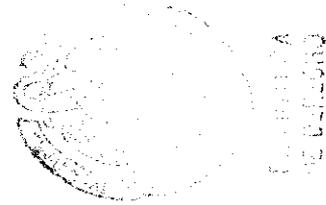
función social de la cosa dentro del supuesto legal. Lo que pretende la ley es que el propietario conozca la función social y la amenaza de expropiación. Hay que distinguir esta expropiación-sanción del incumplimiento de las limitaciones ordinarias de la propiedad.

La opinión de BARNES VAZQUEZ ⁴⁰ sobre este punto es que la expropiación forzosa representa en cierto modo la "insuficiencia" o el "fracaso" de la función social. Cuando el poder funcional del propietario no es suficiente en determinados casos --puesto que no es un ente público-- se está invitando a la expropiación o ablación de su contenido esencial. Los supuestos de "insuficiencia" de la función social son numerosos: Obras públicas, necesidades militares, por razones de urbanismo...

El ejercicio del derecho que no puede calificarse de "social" por no atemperarse a las determinaciones de la función social se enerva y se hace ilegítimo, incurre en un no derecho. Porque la función social constituye el espíritu inteno del derecho de propiedad. Parece más útil socialmente orientar los intereses individuales hacia direcciones que satisfagan a la entera sociedad, que desactivar y anular los poderes tradicionalmente ligados a la propiedad; asignando comportamientos positivos al titular del derecho, se atiende mejor la utilidad social del bien, que con singulares imposiciones de abstención al propietario.

La propiedad constitucional parece representar una apretada síntesis de intereses en juego. la utilidad privada y la utilidad social se identifican desde el momento en que los poderes públicos, en nombre de la colectividad, deciden el uso o destino de los bienes que más beneficie en términos sociales. La idea de "orden" configura el elemento de la función social: los deberes "concretos" del propietario son racionalizados por causa de una planificación social.

⁴⁰ BARNES, J. "La propiedad constitucional". Madrid: Civitas, 1988. p. 379.



El alcance técnico-jurídico de la fórmula constitucional es el aprovechamiento del bien de una manera socialmente útil. Y cuando la funcionalidad social asignada a cada categoría de bienes sea insuficiente para satisfacer el interés general, entra en juego el supuesto expropiatorio mediante indemnización, procediéndose así al despojo de la sustancia del derecho de la propiedad. No parece defendible que la función social se disuelva o confunda con una suerte de título legitimador sin definir que preste cobertura a todo género de inmisiones sin especificación técnica alguna, cuando debe hacerse al definir el derecho de propiedad ⁴¹.

La función social de la propiedad no representa, en general, otra cosa, dentro del Estado de Derecho, que el principio constitucional que, de forma genérica, autoriza la acción y la intervención pública en la esfera de los derechos privados para someterles al superior interés público y social.

Otras opiniones, relacionan directamente la idea de función social y la de abuso del derecho ⁴². Se trata de impedir el ejercicio de un derecho de modo tal que causándole daño a otro, el titular del derecho que lo causa quede amparado por la eximente derivada del cumplimiento de un deber o del ejercicio de un derecho. Otros civilistas ven en la función social la base del urbanismo ⁴³, opinión que coincide con la de otros ⁴⁴. La llamada "propiedad activa" es la

⁴¹ DELGADO DE MIGUEL, J. "Derecho agrario...". Madrid: Montecorvo, 1993. p.

⁴² MONTES, V. "La propiedad privada en el...". p. 255.

⁴³ TORRES LANA, A. "La configuración jurídica del volumen de eficacia". Pamplona: Edersa, 1975. p. 134.

⁴⁴ LOBATO GOMEZ, J. "Propiedad privada del suelo...". p. 574.

que concede un significado concreto a la función social: quien tiene un bien productivo (tierra) tiene el deber de obrar de una manera socialmente útil ⁴⁵.

En cualquier caso es unánime la dimensión social que ha penetrado en el derecho de propiedad. La función social se encuentra inscrita en la "Constitución Económica". Esta denominación se utiliza a partir de Beckerath en 1932, para designar una serie de preceptos de las Constituciones posteriores a 1917 en las que se trata de cuestiones económicas; no se refiere exclusivamente del Derecho de Propiedad, como hacían las Constituciones democráticas, sino a la intervención del Estado en la economía ⁴⁶.

La función social actúa como presupuesto y fin de las instituciones ordenadas en Derecho. Como presupuesto es un dato inherente a las relaciones interdependientes. Como fin entraña una consideración: el que para qué ⁴⁷. *La propiedad enmarcada en el Estado social de Derecho, que tiene un programa de transformación, está llamada a desempeñar un papel importante en el sistema económico occidental* ⁴⁸. *Constituye el contrapunto de una propiedad concentrada y despersonalizada. Es un correctivo de la propiedad constitucionalizada dentro de un contexto*

⁴⁵ DELGADO DE MIGUEL, J.F. "Estudios de Derecho agrario". Madrid: Montecorvo, 1993. p. 49-51. El autor trata la función social recogiendo las opiniones que tachan a este concepto moral y no jurídico.

⁴⁶ ALESSI, R. "Instituciones de Derecho administrativo". 3ª Ed. Barcelona: Bosch, 1991. p.

⁴⁷ HERNANDEZ GIL, A. "La Posesión". Madrid: Cívitas, 1980. p.

⁴⁸ GARRIDO FALLA. F. "El modelo económico de...". p. 52.

económico que subordina la propiedad a la riqueza de un país, al interés general. Hoy se han invertido los términos: el principio es "quae non sunt permissae prohibita intelliguntur", un giro copernicano, que se ha dado especialmente en el urbanismo.

El sometimiento al interés general de la propiedad privada implica utilizar unos instrumentos o vías; la de policía y la de fomento. Todas ellas se basan en la ley, que es el presupuesto de la intervención de la Administración ⁴⁹. La propiedad privada es un Derecho incluido en la Sección Segunda del Capítulo II del Título Primero. Se trata en estos casos de materia reservada a la ley. La Administración no puede intervenir si no está habilitada por una ley. La función social sería el fundamento de dicha habilitación. En los textos preconstitucionales como el Fuero de los Españoles o la Ley de Principios del Movimiento Nacional se hablaba de una función social que encubría los intereses del aparato del Estado. En un sistema democrático, no solamente se ha de admitir la función social de la propiedad, sino darle otro sentido: el de una dimensión social de la propiedad que forma parte del propio derecho. No requiere la comparación con la idea de propiedad en otros momentos históricos. La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 1991, declara que en la medida en que una expropiación esté fundada en un fin público o social no se produce ninguna lesión del contenido esencial del derecho.

La sentencia de 26 de marzo de 1987 indica el papel cada vez mayor al decir: ... "Hay que partir de la regulación constitucional del derecho de la propiedad privada que se contiene en el citado artículo 33.3 C.E. al objeto de indagar la naturaleza jurídica de tal derecho o el modo como la Norma fundamental lo concibe. Tras enunciar todos los apartados... no pueden ser artificialmente separados, revelan la naturaleza del derecho de la propiedad en su formulación

⁴⁹ GARRIDO FALLA, F. "El modelo económico...". p 52.

constitucional (...). En efecto, la referencia a la "función social" como elemento estructural de la definición misma del derecho de la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos de intereses de terceros o del interés general (...). Por ello, la fijación del "contenido esencial" de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendido no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes (...).

Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea...

La progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical...

En la sentencia de 19 de diciembre de 1986 dice al respecto: "la transformación que la idea de Estado social introduce en el concepto de derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa..."

El derecho de propiedad tiene un encuadramiento constitucional en el Título I, Capítulo II, Sección II que lleva por rúbrica "de los derechos y deberes de los ciudadanos". Esta situación no es sólo casual, sino que produce unas consecuencias en las garantías procesales de los derechos. Así el fundamental artículo 53 de la C.E. dice en su número 2 que: "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

El artículo 33 C.E. no se encuentra ubicado en la Sección Primera del Capítulo Segundo, sino en la segunda de las secciones de este Capítulo con lo que a sensu contrario no se le aplicará la defensa que para los derechos de la Sección Primera se establece. El artículo 53.2 C.E. reconoce dos procesos para dirimir pretensiones fundadas en los derechos fundamentales:

- a) *Un proceso ante los tribunales ordinarios, basados en los principios de preferencia y sumariedad.*
- b) *El proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional ⁵⁰.*

Ese proceso preferente y sumario --que todavía no ha sido establecido legalmente-- interpretando el art. 53.2 no sería aplicable a la defensa del derecho de propiedad. Existen una serie de garantías comunes a las dos secciones del Capítulo II como son:

⁵⁰ GONZALEZ PEREZ, J. "Derecho Procesal Constitucional". Madrid: Civitas, 1980. p. 272.

- *Que todos los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título, vinculan a todos los poderes públicos.*
- *Se establece el principio de reserva de ley para su desarrollo y regulación de su ejercicio.*
- *Las leyes que establezcan lo arriba indicado, se hallan sometidas a un control constitucional por quien puede hacerlo: el Tribunal Constitucional.*

El art. 53 C.E. establece una diferenciación en tres grupos de derechos que son diferentemente defendidos. Una garantía enérgica que se establece para los del primer grupo, que se suaviza en relación con el segundo (donde se halla el derecho de la propiedad) y que así se esfuma en el tercer grupo de derechos. Todos ellos del Título I.

La ley 62/1978 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que hoy por hoy es la base legal de ese procedimiento preferente y sumario del que habla el art. 53.2 de la C.E. no es aplicable materialmente al derecho de la propiedad (y a los demás de su sección). La conclusión que se ha de obtener, en este sentido, es que el derecho a la propiedad no tiene otra protección que la ordinaria ante los tribunales. El Real Decreto 342/1979 de 20 de febrero incluyó en la Ley 62/78 otros derechos; no se mencionó al derecho de la propiedad entre ellos, existía un "impedimento" constitucional (art. 53.2 C.E.).

Los recursos ordinarios aplicables al derecho de propiedad serán los de carácter civil y contencioso-administrativo. Si se invocara un ataque a la propiedad individual por parte de la Administración se debería acudir al procedimiento común de lo contencioso-administrativo o al correspondiente proceso penal o civil.

En un caso muy reciente, (RUMASA, S.T.C. 2 de diciembre de 1983), se demuestra que se puede acudir al Tribunal Constitucional por otras vías que no sean la directa de la Ley 62/78 previa al recurso de amparo.

Esta compleja sentencia que resolvió el litigio surgido a raíz de la expropiación del Grupo "Rumasa" por medio del Real Decreto-Ley 2/1983 de 23 de febrero es rica en la problemática que tratamos.

En sus comentarios CANO MATA destaca ⁵¹ que la sentencia entiende que no es correcta la interpretación que limita la prohibición del Decreto-Ley a la materia reservada a la Ley orgánica. La comprensión de la cláusula restrictiva del art. 86 C.E. "no podrá afectar" ha de hacerse de tal modo que ni reduzca a la nada el instrumento normativo del art. 86 C.E., ni que regule el régimen general de los derechos del Título I, o se afecten a elementos esenciales de tales derechos, entre ellos el de propiedad, consagrado en el art. 33 C.E. desde una vertiente institucional y como un derecho subjetivo el cual debe ceder para convertirse en su equivalente económico, cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación.

La doctrina que se desprende del voto particular de la sentencia considera los requisitos y límites impuestos al Decreto-Ley por el citado artículo 86.1 de la C.E. y manifiesta que "no disienten del parecer mayoritario por lo que se refiere a la existencia del presupuesto habilitante y que asimismo comparten la interpretación de los derechos, deberes y libertades sobre los que puede incidir el Decreto-Ley, entre ellos el derecho de propiedad. Ahora bien, después de considerar el artículo 33.3 de la C.E. y de afirmar que la llamada "garantía expropiatoria" en él incluida

⁵¹ CANO MATA, A. "Sentencia del T.C. sintetizadas y comentadas". Tomo III. 1983. Madrid: Edersa, 1984. junio-diciembre p. 339.

no constituye un derecho distinto del de propiedad, sino una garantía de su contenido", "resulta claro que afecta a un derecho cuando se priva del mismo a su titular". Sostiene el voto particular que el Decreto-Ley afecta al derecho de propiedad, excediendo del límite impuesto por el artículo 86.1... que lleva a cabo una aminoración de las garantías establecidas en el sistema ⁵².

La sentencia es importante por la doctrina que contiene sobre las materias que pueden ser reguladas por Decreto-Ley: el llamado Decreto Ley Rumasa: 2/83 de 23 de febrero decretaba la expropiación forzosa por causa de utilidad pública y de interés social de las sociedades del Grupo Rumasa. Lo que contempla desde el punto de vista de la propiedad es que esta materia, puede ser afectada por Decreto Ley, pues la colocación del artículo 33 en la Constitución lo configura como un derecho subjetivo debilitado frente a los de la Sección Primera del Capítulo II y susceptible de convertirse en un equivalente económico.

El asunto llegó al Tribunal Constitucional, no por la vía del recurso de amparo, sino por la del recurso de inconstitucionalidad del Decreto-Ley promovido por 55 Diputados. En él se invocaba la violación del artículo 33 de la Constitución que reconoce derechos a la propiedad privada, derecho que solo podrá ser alterado por ley formal. Esta tesis no es compartida por la sentencia, que admite que el Decreto Ley puede afectar al Derecho de Propiedad, porque no es cuestión de Ley Orgánica, única que está vedada al instrumento normativo del Decreto Ley.

El propietario que litiga contra la Administración por la titularidad de un determinado derecho de propiedad, no puede pues llegar a plantear su conflicto ante el Tribunal Constitucional. El asunto debería resolverse ante la jurisdicción correspondiente. Al derecho de propiedad, la Ley

⁵² CANO MATA, A. "Sentencias del TC...". p. 345.

Orgánica 2/79 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional no le reconoce en su artículo 41, la protección por medio del recurso de amparo.

Por lo tanto nos encontramos ante un derecho de protección mas débil, la razón, no solo es por su ubicación constitucional, sino porque se trata de un derecho convertible en una indemnización cuando concurre una causa de utilidad pública, lo que no es predicable de los derechos fundamentales de la Primera Sección del Capítulo Segundo.

PARTE SEGUNDA

1.- EL URBANISMO COMO FENOMENO SOCIAL

1.1.- DIFERENCIA ENTRE PROPIEDAD RUSTICA Y URBANA COMO PUNTO DE PARTIDA DEL ORDENAMIENTO

Jurídicamente esta diferencia es básica, pues la existencia de un Derecho de la Propiedad Urbana se fundamenta en unas características de los bienes inmuebles de esta clase, distintos a los de la Propiedad Rústica, de las cuales depende un régimen diferente. De ella se deriva un ordenamiento especial. El urbanismo como fenómeno social, regulado después jurídicamente, arranca de la distinción entre la Propiedad rústica (el campo) y la Propiedad urbana, que ya no es dispersa sino que es el resultado de una agrupación de construcciones donde se concentran las agrupaciones humanas ¹. El campo y la ciudad se separan. Es en la ciudad o urbe, en las zonas donde se halla la propiedad urbana, donde se han de satisfacer las necesidades de vivienda y servicios públicos por un racional aprovechamiento del suelo. El urbanismo nace del grupo humano concentrado en propiedades diferentes a la Propiedad Rústica.

En el Derecho Romano, dice KUNKEL ², se incluía bajo la expresión "fundus", la finca rústica en sentido total: casa y explotación y se la distinguía del "terreno", que solo se refería al suelo. En un aspecto de mayores dimensiones, también distinguía el "vico" o "vicus" (campo), frente

¹ Instituto de Estudios de la Administración Local: Planes de urbanización de las ciudades españolas. 1960.

² KUNKEL, W. "Historia del Derecho romano". 8ª Ed. Barcelona: Ariel, 1982 (traducción 4ª Ed. alemana por J. MIGUEL). p. 111.

a la ciudad ³. En la ciudad se instalan los ciudadanos romanos y la antigua población se asienta en el campo o vico. La lucha entre esos dos sistemas produce la evolución de las ciudades. Lo que interesa estudiar es la evolución de esta distinción entre Propiedad Rústica y urbana en el ordenamiento jurídico hasta llegar a la Ley del Suelo.

El Código Civil, a diferencia del alemán, no contiene una determinación sistemática de los diversos elementos que componen la entidad llamada finca. No puntualiza cuando una finca debe considerarse rústica y cuando urbana (Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 23 de octubre de 1903). Para el Código la finca es el soporte material o físico del dominio y de los demás derechos reales que recaen sobre él. Siempre ha tenido como base el concepto de finca como parcela, como parte de terreno. Los límites de ese trozo de terreno, de esa pars, parte o parcela, a veces no existen físicamente diferenciados y entonces hay que delimitarlos por la acción de deslinde y amojonamiento. La finca, superficie o espacio de terreno delimitado se concibe como cosa, que siempre está en el mismo sitio, respondiendo a una determinación geográfica, que es lo que se llama "finca en sentido material" ⁴.

Existe un problema terminológico porque el artículo 333 del Código Civil distingue entre bienes muebles e inmuebles, pero pueden encontrarse otras denominaciones: cosa, raíz, finca, edificio, casa, terreno, espacio, fundo, suelos, tierras. Ayuda poco a construir un concepto de lo urbano. Ha sido la doctrina ⁵, la que ha puesto de manifiesto la importancia de la diferencia entre lo

³ SERRIGNY: "Derecho Público y Administrativo romano". 1962.

⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. "Derecho inmobiliario registral". 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 1990.p. 63.

⁵ ROCA SASTRE, R. La necesidad de diferenciar lo rústico y lo urbano en el terreno Sucesorio. En "Anales de la Academia matritense del notariado". Madrid: 1945, nº 1. p. 335 donde

rústico y lo urbano. El concepto de finca material que se deduce del Código puede definirlo como un trozo de la superficie terrestre, cerrado por una línea poligonal, perteneciente a un titular, que puede ser un solo propietario a varios pro-indiviso ⁶.

En la legislación hipotecaria aparecen nuevos elementos. no se trata solamente de que el sistema registral español sirva para identificar las fincas y sea una prueba cualificada de la propiedad de un determinado terreno frente a los de terceras personas. El ingreso de una finca en el Registro supone un procedimiento destinado a asegurar la identificación de la misma: se pretende saber, no solo a quien pertenece una finca, sino como es ⁷. *Se procura conocer los aspectos formales y otros descriptivos. En la legislación hipotecaria surge el concepto de "finca funcional". La finca material tiene un destino económico y una finalidad social, al cual han de servir. Se considera la finca como la unidad de destino económico que representa* ⁸.

destaca que al heredar una explotación, lo que importa no es la cosa como bien mueble o inmueble, sino su posibilidad de que pueda explotarse como una finca urbana o como una empresa agrícola. De él parte la doctrina para completar las consecuencias de esa división.

⁶ GARCIA CANTERO, G. Notas sobre la individualización de inmuebles. En "Anuario de Derecho Civil". Madrid: 1985. p. 853 y ss.

⁷ ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, R. "Derecho hipotecario". Barcelona: Bosch, 1979. Tomo II. p. 405.

⁸ GARCIA CANTERO G. Notas sobre la individualización... p. 586. MUÑOZ CAVIÑANOS Y GARCIA GARCIA Identificación de fincas rústicas en "Revista crítica de Derecho inmobiliario". Madrid: 1974. p. 1325.

En el Registro se reflejan unos datos fácticos de la realidad, de modo que los bienes inmuebles que actualmente se encuentran en el tráfico están individualizados. Cada inmueble posee unas características que le distinguen de todos los demás; llegar a identificar este quid significa haber encontrado un elemento que a cada propiedad le atribuye su individualidad propia ⁹.

Pero la Ley Hipotecaria supera el concepto de finca material, porque tiene en cuenta el destino económico del fondo, la finca funcional. Se conserva la finca como la unidad de destino económico que representa ¹⁰. La idea de finca funcional produce una ampliación del concepto de finca material, al considerar como una sola finca varias parcelas discontinuas que forman una unidad orgánica. No se trata de un trozo de terreno cerrado por una línea poligonal sino de una unidad atendiendo a su destino económico. Ejemplos de estas fincas discontinuas, verdaderas fincas funcionales, aparecen en el número 2 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria y números 2, 3 y 4 del artículo 44 de su Reglamento. Así establece el artículo 8, número 2, que se suscribirá como una sola finca toda la explotación agrícola, con o sin casa de labor que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes y las explotaciones industriales que formen su cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí. Por su parte, el artículo 44-2 del Reglamento dispone que se incribirá bajo un solo número, si los interesados lo solicitaren, considerándose como una sola finca con arreglo al artículo 8, los cortijos, haciendas, labores varias, dehesas, cercados, tones, caseríos, granjas, lugares, casales, cabañas y otras propiedades análogas que formen un cuerpo de bienes dependientes, o unidos con uno o más edificios y una o varias piezas de terreno, con árboles o sin él, aunque no linden

⁹ GARCIA CANTERO, G. Notas sobre... p. 857.

¹⁰ MUÑOZ CAVIÑANOS y GARCIA GARCIA: Identificación de... p. 1325.

entre sí ni con el edificio y con tal de que en este caso haya unidad orgánica de explotación, o se trate de un edificio de importancia, al cual estén subordinadas las fincas y construcciones.

De la legislación hipotecaria se deducen varias consecuencias: en primer lugar, que no existe ningún precepto legal que establezca la distinción entre finca rústica y urbana ¹¹. En segundo término que introduce una categoría básica dentro de la propiedad rústica la de explotación agraria, que puede establecerse sobre fincas colindantes o no. La explotación puede recaer sobre una sola finca, pero no es necesario para el concepto de finca funcional. Por último, que los caracteres de la finca funcional se extraen de los datos que han de constar en el Registro para la identificación y descripción de la finca, que son conceptos diferentes, aunque en estrecha relación. La descripción es la expresión de los datos o circunstancias que permitan la identificación de la finca. Es pues un concepto al servicio de la identificación. Se hace la descripción para que pueda ser identificada en cualquier momento.

La identificación de una finca es la comprobación de su identidad, partiendo de los datos descriptivos y demás elementos que sean necesarios. Así resulta del artículo 9 de la Ley Hipotecaria cuando establece que toda inscripción que se haga en el Registro expresará "la naturaleza", situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción y su medida superficial. Del mismo modo el artículo 51-1 del Reglamento Hipotecario destaca entre las reglas de descripción de las fincas rústicas que se determinará la naturaleza de la finca expresando si es rústica o urbana, el nombre con que las de su clase sean conocidas en la localidad, si se dedican a cultivo de secano o regadío y la superficie aproximada destinada a uno u otro.

¹¹ MUÑOZ CAVIÑANOS. Identificación de fincas... p. 1339.

Al no aclarar la legislación hipotecaria el vacío legal, los esfuerzos para distinguir la finca rústica de la urbana, proceden de la jurisprudencia y la doctrina ¹².

Nuestros tribunales han venido considerando la calificación de una finca como rústica o urbana como una cuestión de hecho, formando los jueces su convicción, por la apreciación del conjunto de las pruebas y no solo por los datos que obren en el Registro de la Propiedad.

Así se refleja entre otras en las sentencias de 12 de marzo de 1902, 11 de diciembre de 1927, 4 de octubre de 1947, etc. En general es la postura de la antigua jurisprudencia. En esta época los Tribunales seguían criterios puramente casuísticos y poco uniformes. En una etapa posterior se sistematizan y generalizan los criterios. Esta tendencia arranca de la sentencia de 8 de mayo de 1944 y llega a la de 14 de octubre de 1978. La diferencia se encuentra en la situación o emplazamiento en el campo o en la población, en el aprovechamiento o destino, según sea una explotación de tipo agrícola, pecuario o forestal, frente a la vivienda, industria o comercio, o por la preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio, o por la relación de dependencia que entre ellos exista ¹³.

La Doctrina ¹⁴ señala que hay que atender a cuatro criterios para percibir esta diferencia de propiedades: situación, construcción, destino y accesoriedad.

¹² CUTILLAS TORNS, J.M. Reflexiones sobre el concepto de finca rústica en Revista "La Ley". Madrid: La Ley, 1986-1. p. 1211.

¹³ CUTILLAS, J. Reflexiones sobre... p. 1213.

¹⁴ ROCA SASTRE, R. y ROCA SASTRE MUNCUNIL, R. "Derecho hipotecario...". p. 436.

1º. Situación: Hace referencia al lugar donde radica la finca rústica, (en un despoblado) o urbana, (en población). Ahora bien: esta diferenciación no es definitiva, pues si casi siempre las fincas que se encuentran en el campo son rústicas, no así en todos los casos, pues serán urbanas los edificios destinados a recreo o a otro uso que no sea la explotación agrícola, o que no sean anejas de tierras, como decían los artículos 1 y 2 de la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945.

2º. Construcción: Se trata de relacionar la idea de suelo y vuelo, o sea de tierra y edificio como dato determinante. Se dice en general, que las fincas rústicas tienen su entidad en el suelo, en tanto que las urbanas lo tienen en el suelo y vuelo. La principal característica, mas que fijarse en si todo edificio es finca urbana y todo suelo es finca rústica, lo que hace en el uso al que se destina la posición que ocupe un terreno solar sin edificar, que es suelo, tiene el carácter de finca urbana, según la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 6 de julio de 1904, por estar dentro del perímetro urbano en su situación y destinarse a la edificación.

3º. Destino: El uso o servicio es el elemento característico de una finca, será urbana la finca que sirva de mansión, vivienda o habitación y tendrá la consideración de rústica la adscrita al cultivo o explotación agrícola ¹⁵. De ahí que una casa en despoblado que sea independiente de todo predio rústico, será finca urbana, mientras que hipotecariamente un terreno dentro de la población, independiente de toda finca urbana y destinado al cultivo deberá calificarse de finca rústica.

¹⁵ ROCA SASTRE, R. "Derecho Hipotecario...". p. 437.

4º. Accesoriedad: Cuando se da la circunstancia de que una finca sea aneja o dependiente de otra principal, esta determina el carácter rústico o urbano que da la accesoriedad. Así los edificios, incluso destinados para habitación que integran las propiedades rústicas, conforme al artículo 44 del Reglamento Hipotecario.

Todo este planteamiento cambia desde la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956. En este momento aparece un instrumento de nueva clasificación de los terrenos: el Plan Urbanístico. El Plan, en sus diferentes clases, tipifica el suelo. El actual texto de 1992 lo divide en suelo urbano, urbanizable y no urbanizable, lo que comporta distinguir entre suelo urbano y suelo rústico. La Ley traslada las diferencias que concibió el Derecho Civil e Hipotecario, al microespacio que eran las parcelas, al macroespacio que es la ciudad.

Si se trata de suelo urbano, el texto refundido de 1992 pretende efectuar su ordenación mediante la regulación detallada del uso de los terrenos para servicios públicos o para la edificación. Según el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley del Suelo constituirán suelo urbano los terrenos a los que el planeamiento incluye en esta clase por contar con servicios públicos, como el acceso rodado, abastecimiento de agua potable, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica. Estos servicios han de tener características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista.

El artículo 11 establece la categoría de suelo urbanizable: el que podrá ser edificable con arreglo a una planificación posterior. Ha de contar con los elementos fundamentales que permitan la estructura general de la ordenación urbanística del territorio ¹⁶.

¹⁶ CUTILLAS, J. Reflexiones sobre... p. 1214.

El artículo 12 define el suelo no urbanizable como el terreno que el planeamiento general no incluye en ninguna de las clases de suelo anteriores y que a estos espacios se les otorgará una especial protección en razón de su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero. Este suelo no urbanizable equivale al suelo rústico. Lo que se intenta es preservar este tipo de terreno del proceso de desarrollo urbano y establecer medidas de protección del territorio y del paisaje. Por lo tanto la diferencia entre la Propiedad rústica y urbana se obtiene por exclusión: es suelo rústico aquel que no sea incluíble en la calificación de suelo urbano. Este criterio lo confirma la Ley de Arrendamientos rústicos de 31 de diciembre de 1980, al señalar su artículo 7-1 que no tendrán el carácter de fincas rústicas las que constituyan conforme a la legislación urbanística suelo urbano o suelo urbanizable programado.

Por consiguiente, toda esta evolución nos conduce a que en la actualidad se presentan dos tipos de problemas: calificación de un terreno como suelo rústico o urbano y en segundo lugar consecuencias de la misma.

Primer problema, calificación rústica o urbana.

La jurisprudencia ya no puede seguir los cuatro criterios materiales de la doctrina. Ahora ha de orientarse por los criterios normativos de la Ley de Arrendamientos Rústicos y de la Ley del Suelo. La primera reenvía a la segunda y ésta refleja la enorme complejidad de las relaciones jurídicas nacidas de la Propiedad urbana y de la confusión de normativas civil y administrativa. La legislación urbanística señala como criterio para la consideración de solar y por lo tanto "a sensu contrario", como suelo rústico, el que señala el artículo 78 de la Ley del Suelo: terrenos a los que el Plan incluya en esta clase. Cuando los municipios carezcan de Plan General Municipal de ordenación, el artículo 81 exige que los terrenos cuenten con servicios de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, o que estén comprendidos en áreas consolidadas por la edificación. Adopta pues un criterio mixto entre

un dato formal, (la calificación según el Plan) y otro material subsidiario, (el estar dotado de servicios públicos). Pero esta dotación depende del destino del suelo, pues al contar con servicios urbanísticos se utilizará como vivienda. Ahora bien la actuación posterior sobre ese suelo puede ser privada o pública. La construcción de edificaciones constituye una típica actividad privada. El suelo no utilizado para viviendas se destina a instalación de servicios públicos para la comunidad, que son una obra pública. Urbanizar es combinar la actividad privada con la pública para resolver los problemas de la ciudad, entre ellos su concentración o expansión ¹⁷. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, (sentencias de 25 de noviembre de 1982, 21 de marzo y 14 de julio de 1989, 25 de marzo de 1991, etc.).

Segundo problema: consecuencias de la calificación.

El destino del suelo no urbanizable ha de ser el agrícola, forestal, ganadero, cinegético y en general el vinculado a la utilización racional de los recursos naturales, conforme a lo establecido en la legislación urbanística y sectorial que los regule. El sentido final de esta regulación es que la propiedad rústica ha conservado un núcleo de normas de la misma orientación que el Código Civil, del que se ha dicho que es un código agrario ¹⁸.

Frente a esta Propiedad Rústica dispersa, se encuentra la propiedad urbana afectada al fin individual de la vivienda y a los fines colectivos del grupo humano concentrado, distinto a las

¹⁷ SELF, P. "El crecimiento urbano". Madrid: Instituto de estudios Políticos, 1958, (traducción de M. Pérez Olla). p. 285.

¹⁸ DELGADO DE MIGUEL, J. "Estudios de Derecho Agrario". Madrid: Montecorvo, 1993. p. 71.
BALLARIN MARCIAL, A. Derecho Agrario y Derecho alimentario en "Revista del Derecho agrario y alimentario", Julio-Septiembre, 1985, núm. 1. p. 7.

*propiedades rústicas dispersas. Su núcleo es la utilización del suelo, tanto por la construcción de viviendas, como por el establecimiento de servicios públicos urbanísticos. Para mantener esos servicios se precisan dotaciones de espacios libres: bienes de dominio público que sean su soporte. Como estos servicios se hallan relacionados con la Propiedad Privada el acondicionamiento de la ciudad se realiza subordinando el Derecho de Propiedad a un régimen especial del suelo y a todo el conjunto de limitaciones legales para que la Administración pueda realizar las prestaciones urbanísticas necesarias para sus moradores, que son los servicios públicos a los que se refiere la Ley del Suelo: agua, luz, gas, red viaria, etc. El criterio sustantivo rector de todas estas limitaciones es ordenar la propiedad urbana de modo que se puedan satisfacer las necesidades de vivienda y servicios públicos que la ciudad comporta*¹⁹.

¹⁹ PUIG BRUTAU, J. "Compendio de Derecho Civil". Barcelona: Bosch, 1989, Vol. II. p. 74.

1.2.- LA CONCENTRACION Y EXPANSION DE LA CIUDAD: PROBLEMAS SOCIALES

Tomada la ciudad como la mayor fórmula de asentamiento humano, sus problemas no hacen sino multiplicarse cada vez más. La agregación urbana produce a la colectividad, unos beneficios sociales muy interesantes: la atención médica, cultural, deportiva, recreativa, etc. ¹.

El habitante urbano quiere que todos esos servicios se encuentren en un radio de espacio pequeño. Desea que las vías de comunicación (carreteras, ferrocarril...), sean eficaces para sus jornadas laborales y su vida social y cultural. El crecimiento desorbitado de un núcleo urbano determina para esos deseos señalados, un alza gigantesca en los costes de algunos servicios.

Para proceder a un crecimiento urbano correcto y no anacrónico se debe intentar no caer en casos evidentes de despilfarro del suelo de la ciudad, cuando menos de utilización poco racional.

Es cierto que la ciudad crece y cada día más en contradicción con el abandono del suelo rústico, pero este crecimiento debe realizarse ahorrando espacio si bien evitando que se produzca un hacinamiento ².

El suelo es de todos esos elementos de crecimiento de la ciudad el que no se puede engrandecer³. Por ello el centro de las ciudades --donde se desarrolla la mayor parte de la vida

¹ SELF, P. "El crecimiento...". p. 70.

² SELF, P. "El crecimiento...". p. 71.

³ SELF, P. "El crecimiento...". p. 73.

económica-- se encuentra continuado en su configuración y en él habitan demasiadas personas para que su existencia sea decorosa y en unas condiciones de trabajo.

Para que esta concentración urbana y este congestionamiento y falta de sitio producido por el deseo de engrandecer industrias, empresas, en definitiva, riqueza del país, sea configurado de una manera correcta, parece que la mejor solución es edificar bloques de viviendas lo más elevados y extensos posibles; de esta forma el traslado de los habitantes se restringiría a un mínimo y se paralizaría el crecimiento excesivo de las ciudades y en la mejor medida de lo factible todo el mundo permanecería a proximidad de su lugar de trabajo.

El costo económico de esta construcción "de altura" es grande como se observa en el mercado del suelo. Cuando ese centro ya no admite más altura hay que buscar soluciones. El fenómeno de la expansión de ese centro urbano es el siguiente en aparecer. Da más juego al urbanista una combinación de viviendas pequeñas y grandes edificios y permite una flexibilidad y variedad arquitectónica muy superiores y en todo caso satisface mejor las diversas exigencias.

El método que tradicionalmente ha ideado el urbanismo para enfrentarse a esas altas densidades de población del centro de la ciudad consiste en extender los límites territoriales y en edificar nuevos suburbios. La expansión urbana es un fenómeno que obedece más a la lógica que a un plazo premeditado. Ello bajo un prisma estrictamente ordinario es correcto, mas luego aparece el sociológico.

La ciudad ha crecido aceleradamente en anchura, se ha expandido más allá de sus límites administrativos. Son muchas las ciudades que se han sentido obligadas a construir más allá de sus fronteras, a menudo a gran escala. Pero también son muchos los problemas que se pueden encontrar en este tipo de crecimientos: permiso de propietarios, tanto públicos como privados,

coordinación en la construcción de las redes de carreteras y variantes, la prestación correcta de servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado, esparcimiento al aire libre...

Todo ello debe ser ofrecido por el núcleo urbano, --por su gobierno local-- que mayor fuerza económica tenga.

Este crecimiento requiere hacer frente a multitud de intereses sociales contrapuestos en ocasiones. Estos factores vienen planificados por el gobierno local o nacional. La planificación persigue una descongestión de la ciudad, la creación, a su vez de cinturones verdes, la fundación de nuevas ciudades que no discriminen a ningún propietario.

Pero esta planificación debe realizarse inexorablemente a largo plazo ⁴. La esencia de la planificación es imponer costes y sacrificios inmediatos para conseguir beneficios mayores en una fecha posterior. Ello independientemente de la finalidad a que obedezca la decisión planificadora (cuestiones estéticas, económicas, sociales...); deben mantenerse inmutables en la planificación los objetivos y sacrificios, fundamentalmente de la propiedad. Es inútil pretender que la planificación no cueste nada y no dañe a nadie.

La planificación debe tener una coherencia tanto en su finalidad cuanto en el aparato administrativo para ejecutarla.

Históricamente, la planificación de este crecimiento urbano y expansión se centró en el aspecto sanitario que era preocupante. Sin embargo estos propósitos se van ampliando de forma clara

⁴ SELF, P. "El crecimiento...". p. 258.

hacia la mejora del nivel de vida y de trabajo en general, creando --o intentando-- crear lugares agradables salubres y unas viviendas adecuadas.

Pero el suelo seguía siendo --numéricamente-- el mismo. Se ha indicado que la planificación para corregir ese crecimiento puede tener finalidades contradictorias: conjugar el crecimiento urbano con la protección del paisaje y de la agricultura. El suelo agrícola se ve dañado por ese efecto expansivo necesariamente. La planificación no satisface a todos los intereses a la vez, pero debe obedecer a la satisfacción de las necesidades del habitante urbano con un perjuicio mínimo de la agricultura y del campo.

Con lo cual se observa la complejidad del problema y la difícil posición del planificador. El suelo es el objeto físico sobre el que recae el derecho de la propiedad. En esta planificación urbana el contenido del derecho de propiedad lo define la ordenación urbanística que, al efecto, posee una estructura peculiar que la hace capaz de acomodar el estatuto objetivo de la propiedad a las características concretas según los bienes específicos sobre los que recae.

Todo este problema del crecimiento urbano se refleja en el mercado del suelo. Poder acceder al centro urbano cuando éste es ya inmutable es mucho más costoso como también lo es el acceder a un área de expansión de las consideradas de primera magnitud o calidad, que han conformado, poco a poco, otro centro urbano.

La ciudad surge por causas sociológicas; esas causas acaban con una ciudad o la resucitan en cuanto a su expansión y sus niveles de funcionamiento. El arquitecto opera sobre un hecho social con factores históricos, culturales y es preciso conocer cómo se producen en la sociedad urbana o, por lo menos, las reglas de sus tendencias.

Esas causas transforman las directrices del llamado "mercado del suelo". Si hay un mercado en el que falten la concurrencia y la transparencia ese "mercado" es el del suelo. El mercado del suelo es un "pseudo mercado" en el que las razones que justifican la intervención administrativa en el mismo se dan en grado superlativo; las durísimas correcciones a las leyes de este mercado los produce, en este campo, en primer lugar el plan. El plan es el instrumento que permite la racionalidad urbanística.

La propiedad resuelve como institución jurídica, una necesidad social de contenido económico: la organización del uso, disposición y distribución de las riquezas o los bienes.

De ahí que exista una gran relación entre el urbanismo y la propiedad, pues en la base misma del primero late la tensión y el conflicto entre el interés general derivado de la ciudad y del aprovechamiento del territorio en general, como fenómeno social o colectivo y el interés particular o individual integrado a partir de las utilidades o los rendimientos de todos y cada uno de los poseedores del suelo o de bienes inmuebles. La ciudad plantea problemas que superan la capacidad de la técnica urbanística; la ciudad representa un predominio de los valores colectivos; la concentración de usos y la densificación de actividades conducen a la necesidad de impedir abusos constructivos. No cabe duda de que el origen de los problemas actuales de la ciudad está en la revolución industrial que rompe el equilibrio de la ciudad. La ciudad crece de una forma desproporcionada y disfuncionalmente como consecuencia de la masiva concentración de mano de obra, y las factorías empobrecen el medio ambiente. El crecimiento de la ciudad que viene como consecuencia de la revolución industrial hace surgir el ensanche como mecanismo de adición a la ciudad ya existente de nuevas ciudades, nuevos barrios planeados globalmente sobre la base por lo general, de la cuadrícula (que posibilita un máximo aprovechamiento del suelo).

Este fenómeno expansivo ha sido una de las grandes formas de crecimiento urbano. Junto a éste, surge otro inverso de cirugía de la ciudad ya consolidada, que también caracteriza al urbanismo decimonónico, como se observa al penetrar en el desarrollo histórico del urbanismo. Lo cierto es que la existencia del urbanismo como realidad y como solución debe contemplar estos problemas. De él depende no sólo el logro de una vida colectiva digna, sino la propia conservación de la especie humana ⁵. La aparición de las modernas concentraciones urbanas que son la causa del nacimiento del Derecho Urbanístico en la mayoría de los países, hay que situarla --con el riesgo que ello supone en la historia-- en el fenómeno de la industrialización. Esto es lo que va a hacer que grandes masas humanas se aglomeren en torno a los núcleos industriales donde tienen su trabajo y provoquen la aparición de viviendas y servicio en espacios de terreno relativamente reducidos; esta circunstancia, muy pronto, se va a dejar sentir la necesidad de que esos núcleos urbanos sean ordenados y organizados conforme a normas ⁶.

En España, tres factores van a causar, por tanto, la aparición del fenómeno urbanístico en nuestro país: la industrialización, el aumento demográfico y la desamortización ⁷.

En definitiva, vista la aparición del problema, todavía queda mucho por hacer. La cuestión --cada vez más grave y preocupante-- del crecimiento urbano desordenado o meramente

⁵ GARCIA DE ENTERRIA, E. y PAREJO, L. "Lecciones...". p. 37.

⁶ RUANO BORRELLA, J. El urbanismo, la Constitución y autonomías en "Propiedad, urbanismo, Derecho comunitario europeo y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado". Ciclo de conferencias de los centros hipotecarios de Galicia y Madrid (1984-86). Madrid: Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1986. p. 167-203.

⁷ RUANO, J. "El urbanismo, la Constitución...". p. 170.

improvisado, repercutirá en el propio desarrollo del ser humano y su forma de vida. La propiedad se ve desbordada por tanto interés individual y colectivo; el problema será mucho más grave en el futuro pues nuestra civilización es ya urbana por antonomasia; por ello habría que enfocar sus soluciones desde una perspectiva optimista en cuanto deben proponerse medidas eficaces y duraderas lo que equivale a resolver una contradicción: la ciudad crece obedeciendo a un mercado a un proceso económico que no se puede prever, sin embargo, cuando una situación tiende a estabilizarse se trata de aportar unos datos o bases para replantear un concepto que se ve transformado en esas coordenadas socio-temporales que trascienden a un mero ciclo económico para convertirse en una convulsión: la crisis económica.

1.3.- EL MERCADO DEL SUELO

No basta con examinar el Derecho de Propiedad desde un punto de vista formal. Es necesario analizarlo, tomando la perspectiva de que los bienes inmuebles forman parte de la Economía de Escala, que caracteriza a los modernos Estados. El suelo es un bien escaso de oferta inelástica. La explosión urbana ha dado lugar a un desordenado crecimiento de los precios del suelo y aparece la especulación como una grave amenaza para llevar a cabo una correcta política urbanística ¹. Todos los países han luchado contra esta lacra. El proceso de concentración urbana ha dado lugar a la ruptura de la ecuación ciudad-campo. La ciudad es una gran devoradora de tierra ². Por otra parte, un moderno análisis indica la existencia de un rechazo de la idea que solamente el urbanismo es suficiente para la dirección y el control de los procesos de ocupación y transformación del suelo. Este proceso pertenece a la entera vida económico y social y de la consecuente incidencia en los mismos del conjunto de políticas públicas con las que es preciso contar ³. Luego el problema es mucho mayor. Cuando se trata de construcciones en suelo urbano todos los temas adquieren un significado diferente, pues en otro tipo de mercados, no existe tanta variedad de intereses contrapuestos.

¹ GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a la Ley del Suelo". Ed. Civitas. Madrid, 1993. p. 98.

² GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a la...". p. 157.

³ BOQUERA OLIVER, M. "Derecho Urbanístico Local". (Obra colectiva). Madrid: Civitas, 1992. p. 253 en la que se dice la gran cantidad de intereses que llevan al mercado del suelo la desigualdad, frente a la que el derecho de propiedad urbana sólo puede suponer una parte de las soluciones.

Como dice SAVATIER, cuando la propiedad inmobiliaria es objeto de tráfico jurídico cada parcela encerraba su concreta individualización, pero la evolución histórica hace ineludible pasar de lo concreto a lo abstracto, de la microeconomía a la macroeconomía ⁴. El Derecho comienza a utilizar un lenguaje que traduce el contenido de la propiedad en fórmulas aritméticas ⁵. Todo ello complica el mercado del suelo cada vez en mayor medida. Cambia el propio objeto que se compra o se vende. Ahora interesa la propiedad del espacio, abstracción hecha del suelo sobre el que regula ⁶. La realidad constructiva tiene tres dimensiones: anchura, altura y profundidad. Vista la evolución del mercado, cualquier tentativa de reducir a dos esta realidad sería insuficiente ⁷. Por lo tanto hay que partir de la complejidad del tráfico del suelo. A este mercado tan peculiar se ha tenido que acomodar el Derecho Urbanístico, de forma obligada:

1.- Desde el punto de vista económico la tierra es un factor de producción de oferta inelástica. Dada la escasez de suelo su oferta es fija, porque a corto plazo su existencia es invariable y se necesitaría mucho tiempo para conseguir transformar el suelo, en terreno aprovechable urbanísticamente. Lo que se paga es la productividad del suelo, el rendimiento que de él puede obtener la persona que lo adquiera. Valdrá lo que se pague por ella en régimen de competencia. Esta sería la renta económica pura de la tierra. Pero además se le añaden los llamados incrementos no ganados: las plusvalías o

⁴ XVII Temas de Derecho Urbanístico. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1980. p. 277.

⁵ TORRES LANA, J.A. "La configuración jurídica del volumen de eficacia". Pamplona: Eunsa, 1975. p. 63.

⁶ TORRES LANA, J.A. "La configuración...". p. 62.

⁷ MENDIZABAL ALLENDE, R. Medio ambiente y calidad de vida en "Actualidad administrativa", 1993, nº 18. p. 513.

excedentes, que el propietario obtiene, cuando la comunidad realiza cerca de su terreno obras de urbanización; cuando el suelo se convierte en solar sin mediar trabajo del propietario.

La oferta y la demanda del suelo, tendrán en cuenta ambos elementos. Pero al propietario le resultaría mas especulativo retener el solar hasta que suban los precios. De ahí que en los Estados de Economía Mixta se limite la forma de la libertad para utilizar el suelo y se combata la retención especulativa, para evitar que se obtenga un cuasi monopolio por parte de los beneficiados con este tipo de plusvalía ⁸. En el mercado del suelo faltan las condiciones de competencia perfecta: no hay oferta elástica y la retención resulta rentable. Esta era la situación social y económica existente antes de la aparición de las sucesivas leyes del suelo, donde no se producían espontáneamente las conexiones de un mercado imperfecto ⁹.

- 2.- *La Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 se propone entre otras finalidades, esencialmente establecer un régimen adecuado frente a la especulación del suelo. Su exposición de motivos se refiere concretamente a la retención de terrenos por propietarios que no urbanizan ni acceden a enajenar el suelo. Al valor del fondo, a la renta pura, se añade un valor adicional, una plusvalía debida a la obra urbanizadora. El beneficio es lícito si el propietario ha costeado la urbanización e incrementado el valor. En otro caso la plusvalía pertenece en gran parte a la comunidad.*

⁸ SAMUELSON, P. "Curso de Economía Moderna". 9ª Ed. Madrid: Aguilar, 1976. p. 612 y ss.

⁹ GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, J.L. "Estudios de Urbanismo". Madrid: "El consultor de los Ayuntamientos", 1992. p. 77 que analiza las características del complejo mercado del suelo.

La Ley 19/75 de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y ordenación urbana reconoce que no se ha conseguido regular el mercado del suelo y que existen precios crecientes e injustificados del suelo invariable. La oferta del suelo es escasa y produce el precio excesivo. Esta escasez puede venir determinada por la rigidez de la planificación y por las ventajas de la retención especulativa. La elevación excesiva de los precios supone el encarecimiento de la vivienda y la indebida apropiación por los propietarios privados de una parte importante de las plusvalías derivadas del proceso de urbanización. La ley pretende rescatar una parte de las plusvalías urbanísticas. Si bien busca flexibilizar el régimen de la ley anterior, coincide con ella en la recuperación de plusvalías, como uno de los principios fundamentales de la ordenación jurídica.

La Ley 8/90 de 25 de julio sobre Reforma del Régimen Urbanístico y valoraciones del suelo, parte de un fuerte incremento del precio del suelo, que excede de los límites de lo razonable y de su repercusión en el precio de las viviendas. Se propone promover la utilización del suelo de acuerdo con el interés general e impedir la especulación. Las plusvalías derivan del planeamiento y por ello hay que cumplir el artículo 47.2 de la Constitución según el cual la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

- 3.- *El tema aparece pues constitucionalizado. El artículo 47, situado dentro de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, que si bien no sirven de base para fundar un Derecho subjetivo, tienen carácter vinculante para el Estado y como tales serían exigibles*¹⁰.

¹⁰ AMOROS DORDA, N. "Comentarios a las leyes políticas". Constitución Española de 1978, dirigidos por Alzaga. Madrid: Edersa, 1984, Tomo IV. p.11.

Las plusvalías urbanísticas no aparecían en el anteproyecto de la Constitución, pero se llegó al artículo 47 tras un profundo debate parlamentario ¹¹. Se consideró que la urbanización es el resultado de un proceso de preparación del suelo debido en su mayor parte a la colectividad; el terreno recibe unas prestaciones colectivas, como es el equipamiento de servicios públicos, cuya última resultante es la vivienda. Las soluciones que permite el artículo 47 son muy variadas: nacionalizaciones o municipalizaciones del suelo, fórmulas fiscales, desagregación del ius redificandi del Derecho de Propiedad, etc. El único límite constitucional es el artículo 33 de la Constitución: el respeto al contenido esencial del Derecho de Propiedad ¹².

El artículo 47 de la Constitución significa que toda la legislación urbanística debe hoy concebirse como un desarrollo del mismo. El ordenamiento urbanístico se basa en la redistribución de las plusvalías urbanísticas entre los propietarios afectados entre si y con la comunidad. La Ley del Suelo es fundamentalmente una norma de reparto de los beneficios y cargas urbanísticas, derivados de estas plusvalías ¹³. La plusvalía en el mercado del suelo es un beneficio que se contrapone a las llamadas cargas, como son las limitaciones para edificar, la adquisición de la condición de solar. Es un principio general del Derecho Urbanístico que existe una compensación de las cargas con los beneficios generados por el planeamiento. Desde la plusvalía se puede construir todo el Derecho Urbanístico.

¹¹ GONZALEZ SALINAS, J. "Estudios sobre la Constitución Española" (homenaje al profesor García de Enterría). Madrid: Cívitas, 1991, Tomo II. p. 1647.

¹² BASSOLS, M. "Génesis y evolución del Derecho urbanístico español". Madrid: Montecorvo, 1973. p. 344.

¹³ GONZALEZ SALINAS, J. "Estudios sobre...". p. 1648.

El proceso de redistribución de las plusvalías es complejo y se trata de saber si resultarán beneficiarios los mismos propietarios existentes en un determinado momento del proceso de urbanización.

Esto lo determinará en cada caso el Plan de Urbanización. Baste indicar que la introducción de las plusvalías en la Constitución, es una idea de hacer accesible a la comunidad los beneficios de la urbanización. Se trata, como de otros muchos puntos de una solución consensuada pues hubo posiciones extremas. Frente a quien afirmaba que era necesario un régimen socializante para impedir la especulación administrativa o privada, hubo posiciones mas o menos amplias. Se optó por un sistema de reparto de las plusvalías y de racionalización del fenómeno. En el fondo se refleja un conflicto de intereses que impregna el mercado del suelo y tiñe a todo el Derecho Urbanístico: el de los propietarios y el de la comunidad, pendientes de los frutos que produce el mismo bien: el suelo potencialmente urbano y todas las consecuencias que comporta.

2.- EL DERECHO DE LA PROPIEDAD URBANA

2.1.- Introducción Histórica

Todo el Derecho se encuentra relacionado con los cambios sociales políticos y económicos. Cuando se está tratando del Derecho urbanístico esto ocurre en mayor medida. Siempre se ha indicado que para comprender una situación actual el mejor método de acercamiento es el de conocer sus antecedentes en la forma mas concreta posible.

No hay en el viejo Derecho algo parecido a las actuales legislaciones urbanísticas a las leyes del suelo o códigos de urbanismo; ¹ este punto debe quedar claro en principio. El Derecho histórico no ofrece una regulación total y completa del uso del suelo, en España por lo menos. Se contempla el derecho a construir como una facultad omnímoda del propietario, sólo limitado, muy discretamente por las instituciones civiles de la servidumbre de medianería, u otros de interés público o privado. Habría que encontrar cual ha sido la formación del Derecho Urbanístico.

Todo ello, teniendo en cuenta la relatividad del Derecho Urbanístico, cambiante como lo son los fines generales a que obedece; remontarse mucho atrás en el tiempo no conduce a buenos resultados, sino a vislumbrar las técnicas de cada época. Se encuentra el urbanista con una situación que debe afrontar ya dada, desde hace mucho siglos, pero es el siglo anterior al nuestro el que nos interesa fundamentalmente. En él se crea una conciencia urbana general, aunque de manera sectorial, sin una global política ordinatoria del territorio.

¹ PARADA VAZQUEZ, J.R. "Derecho Administrativo" 5ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 1993, Vol. III. p. 310.

Uno de los problemas que se plantean las ciencias político-sociales es el de la localización en el territorio de los grupos humanos, el de la jerarquización entre los diferentes núcleos de población y el de la correcta definición de los aprovechamientos individuales y comunitarios sobre el medio natural ².

Con frecuencia el fenómeno del urbanismo se manifiesta con caracteres negativos: hacinamiento de conglomerados humanos, presión de instalaciones fabriles, déficit en infraestructuras, etc. Una problemática múltiple que anuncia el carácter interdisciplinar del Derecho Urbanístico. Obedeciendo a una respuesta a esa variedad, el Derecho Urbanístico recurre al uso de variadas disciplinas científicas: superando la ingeniería sanitaria, la Sanidad Urbana hace frente a otros requerimientos: asistencia religiosa, ética, marginación. Así también al medio ambiente urbano, flora, fauna... y a la conservación del Patrimonio histórico. Todos estos factores son elementos para el plan urbanístico moderno ³.

La ciudad queda convertida en el exponente del tiempo nuevo: el gobernante se centra en la actuación urbana. La política urbanística queda condicionada por factores geográficos, sociológicos, económicos, técnicos... Esa política se regulará por las leyes y a su vez tendrán que gestionarse desde su perspectiva. Leyes que serán tan cambiantes como el fenómeno del urbanismo que regulan: atienden a diferentes actividades sectoriales que influyen en el fenómeno actividades que cambian. El urbanismo intenta racionalizar el fenómeno urbano, y para ello recurre a una regulación jurídica detallada, concreta, técnica y matemática, basada en el dato de la escasez económica del bien.

² BOIX REIG, V. "Urbanismo y Derecho". Madrid: Trivium, 1990. p. 17.

³ BOIX, V. "Urbanismo y...". p. 22.

No es fácil resumir en unas cuantas etapas históricas la aparición y evolución del Derecho de la propiedad urbana. Pero debe procurarse resaltar los momentos mas significativos, porque son los que han tenido influencia en la evolución posterior.

Aunque la agrupación humana es intemporal, producto de la naturaleza sociable del hombre y de la necesidad de la vida en común, cada época se caracteriza por la forma de resolver sus problemas: la ciudad es un hecho histórico y cultural. Es imposible tratar una ciudad sin conocer sus antecedentes. Su pasado condiciona su futuro. Lo mismo que existen capas de formación geológica las hay de civilizaciones urbanísticas. El problema consiste en saber cómo la generación actual se acomodará a las nuevas ciudades porque no puede abandonarse una ciudad por no responder a las necesidades presentes y es excepcionalísima la creación de ciudades nuevas, como tales.

La ciudad como hecho aparece cuando existen habitaciones para más de una familia y se convierte en un centro vital; cuando los tipos de viviendas agrupadas racionalmente se edifican alrededor de puntos de concentración, respondiendo a una disposición colectiva. Estudiarla equivaldría a tener que analizar la historia de cada civilización. Desde nuestro punto de vista, lo que interesa es el paso de los poblados rurales a las urbes o ciudades que son centros políticos. Este fenómeno ya estaba consolidado en Roma, donde existe un urbanismo sistemático. La España romana consolidará el modelo de la ciudad Estado y enriquecerá actividades de intercambio en un sistema de ciudades que por contradicción alumbrará fuertes sectores marginados ⁴. En Roma la construcción de las ciudades concibe la ciudad ideal como un plano cuadrangular con calles paralelas y perpendiculares. Todo ello ha de combinarse con la ciudad anterior al imperio romano. El acondicionamiento de la ciudad se logra limitando el derecho

⁴ BOIX REIG, V. "Urbanismo y ...". p. 26.

de propiedad para una minuciosa reglamentación, evitando los conflictos de vecindad. Entre las casas no existía medianería, sino espacio libre o "ambitus". Opuestas a los "domus", o casas aisladas existían las "insulae", o bloques de edificación que se conocían por los nombres de las profesiones establecidas en ellos, por lo que de hecho había una zonificación: los barrios de lujo, las quintas de los patricios, las "insulae" de los profesionales y los "domus"; la ciudad marcó, pues, inicialmente, el paso de las vidas primigenia natural a la vida humana superior, a un estadio político y cultural que deja atrás resueltamente una fase previa de la evolución del hombre y es esta nota, la que hace de la ciudad una expresión de una forma de vida más rica y compleja. Es un hecho que el paso de la prehistoria a la historia está marcado por la aparición de la ciudad ⁵. No se puede hablar de un Derecho urbanístico en esta época todavía.

Los visigodos eran un pueblo nómada que vivía en aldeas. Su tendencia es más agraria que urbana; se establecían en las ciudades romanas, mezclándose al final con la población y desapareciendo la diferencia entre la ciudad y el campo. Urbanísticamente no aportan ideas originales, sino que aprovechan las técnicas romanas; son más importantes como arquitectos que como urbanistas.

La invasión árabe se articula sobre las antiguas ciudades romano-visigodas. Conservaron las murallas romanas, pero modificaron la estructura interna de la ciudad, destacando la Medina, centro donde se instala la Mezquita, los arrabales son núcleos coordinados alrededor de la Mezquita y el trazado de las calles, que no es el de la cuadrícula romana, sino enlazando por líneas sinuosas los puntos de mayor concurrencia. No hay plazas o espacios abiertos; la red viaria se asemeja al sistema circulatorio del cuerpo romano, como en su ciudad modelo: Toledo. Existe una ordenación, pero faltan las positivaciones.

⁵ GARCIA DE ENTERRIA, E. y PAREJO, L. "Lecciones de Derecho urbanístico". Madrid: Cívitas, 1981. p. 39.

El "Substratum" urbanístico arranca de la Reconquista, que es cuando aparecen casi todas las ciudades actuales, pues hasta el siglo XIX no variará esa estructura. En esta época la característica es el amurallamiento defensivo y la repoblación de las tierras antes ocupadas por los musulmanes, que habían aprovechado las ciudades romanas. En un período guerrero la urbanización exige que se construya dentro de los recintos amurallados. La población se divide en dos partes: la ciudad amurallada y los barrios exteriores a las murallas, que sólo cuando se ensanchan son a su vez amurallados. Hasta entrada el siglo XIX la ciudad no pudo ser abierta y los puentes de la ciudad eran elementos de defensa y vigilancia.

Cuando se afianza la Reconquista se produce la repoblación de tierras, por medio de repartimientos. Para atraer a los nuevos pobladores, las cartas Pueblas o de Fundación concedían ventajas y se produjo un reparto de tierras, una reparcelación: las ciudades no amuralladas, las ciudades abiertas, eran de poca importancia. El Plano de la ciudad medieval es radioconcéntrico. El centro domina a todos los demás elementos y las edificaciones surgen por el procedimiento de circunvalar en forma de tela de araña en un desarrollo que se ha llamado orgánico o vegetal. La Edad Media supone un proceso de maduración de una nueva estructura más compleja, asentada sobre técnicas abstractas, jurídicas y económicas ⁶. Se adapta al medio totalmente la ciudad medieval pese a su poca salubridad ⁷. Las cartas fundacionales fijaban las dimensiones de los lotes y aparecen las manzanas y rectángulos, consecuencia de los contratos de asentamiento, porque para calcular cada lote hay que parcelar

⁶ GARCIA DE ENTERRIA, E. y PAREJO ALFONSO, L. "Lecciones de...". p. 40.

⁷ Véase CARANDE, R. "Sevilla, fortaleza y mercado: las tierras, las gentes y la administración de la ciudad en el siglo XIV". 3ª Ed. Sevilla: Diputación, 1982. p. 212.

el terreno en figuras geométricas simples y hay una especialización por barrios, que no es espontánea porque los textos legales hablan de ella.

Los requisitos de este tipo de ciudad se producen por las fuerzas centrífugas que sitúan extramuros un núcleo de población, que al ensancharse las murallas se integran dentro de ellas. De la yuxtaposición de la ciudad antigua y los nuevos arrabales surge el crecimiento de la ciudad. Hay una coincidencia del Plan y del derecho de los propietarios y un crecimiento de la ciudad, resultado del espíritu estamental de la época. La gran ciudad (entre 100.000 y 250.000 habitantes) surge en Europa entre los siglos X y XI con construcciones arquitectónicas concebidas con sentido orgánico, homogéneas de estilo y articuladas en barrios ⁸.

El Renacimiento tiene una idea antitética de la ciudad medieval; surge un Derecho urbanístico más sistemático. Se conoce la necesidad de engrandecer la ciudad. Frente a la ciudad espontánea medieval, el urbanismo renacentista se basa en la uniformidad subordinando a una idea central todos los detalles del conjunto y en el aumento de la dotación de servicios públicos y aparece la preocupación social.

La ciudad barroca concentra en la capital del Estado los grandes servicios públicos, y con sus parques, sus avenidas y conjuntos arquitectónicos (teatros, museos, conventos y monumentos...), es por primera vez objeto de un planeamiento ideado por artistas y arquitectos, aunque no logra una funcionalidad destacada ⁹.

⁸ CARCELLER FERNANDEZ, A. "Instituciones de Derecho Urbanístico". 5ª Ed. Madrid: Montecorvo, 1992. p. 32.

⁹ CARCELLER, A. "Instituciones de...". p. 33.

Esta capital concentra todos los grandes servicios estatales; radica en ella a la burocracia, mayor cada vez.

La ciudad está dominada por el Palacio Regio, cuya corte compleja, a la vez de séquito nobiliario y de servicio administrativo y militar junto con la conciencia del lugar solar del monarca en la construcción entera del Estado, prestan un énfasis característico a la arquitectura del conjunto ¹⁰.

Con ello se llega a la llamada Revolución Urbanística producida en el siglo XIX. Debe distinguirse entonces una visión genérica y otra pormenorizada del caso español.

En el siglo XIX se produce un cambio total de planteamientos: se concibe el Urbanismo como problema. El siglo XIX marca un punto decisivo en la evolución del urbanismo propiciado por la revolución industrial y por las reformas político-jurídicas y económicas ¹¹.

El mundo del trabajo va a cambiar radicalmente en su configuración. Se pueden ver nuevas formas de organización económica que se traducen en la existencia de minas de carbón y de hierro, siderurgia, etc...

La fábrica crece a pasos agigantados y surgen explotaciones masivas que frente al antiguo taller familiar o gremial integran en su trabajo a miles de personas. El mercado libre de trabajo se instaura producto de la supresión de gremios y corporaciones que se llevó a cabo en la

¹⁰ GARCIA DE ENTERRIA, E. y PAREJO ALFONSO, L. "Lecciones de...". p. 42.

¹¹ GARCIA DE ENTERRIA, E. y PAREJO ALFONSO, L. "Lecciones de...". p. 43.

Revolución Francesa. En esta época se superan las ideas anteriores y son las preocupaciones sociales y económicas las que informan al Urbanismo. Todas las reformas de las ciudades son planeadas; el urbanismo es pragmático. En esta época se busca la salubridad.

El menor coste y la resolución de los problemas de tráfico, la necesidad de adaptar el Urbanismo y la propiedad al industrialismo y al crecimiento demográfico es notoria. La Revolución industrial conlleva, a su vez, una revolución demográfica y de los transportes. La gran ciudad nace con el maquinismo, el problema (cada vez más grave) del absentismo agrario y la formación de las clases sociales. Ese aumento prodigioso de la población va a localizarse sustancialmente en las ciudades ¹². El aumento demográfico trae causa de la existencia de nuevas técnicas sanitarias y alimentada por el multiplicador del desarrollo económico. Las grandes concentraciones urbanas se forman por un éxodo masivo del campo, la industria y los servicios atraen por sus mejores salarios a las familias campesinas; estas familias utilizando la técnica pueden obtener mayores rendimientos con menor mano de obra en el campo. Este éxodo hacia la ciudad se produce sin orden ni concierto. Las fábricas no podían instalarse al azar, sino con arreglo a un Plan estatal. Pronto aparece el problema del lucro especulativo del suelo y de la escasez de vivienda.

Como la libre iniciativa no había bastado para resolver el problema, surge el intervencionismo estatal y la limitación del derecho de propiedad. Por tanto, surge la legislación urbanística. Desde el pasado siglo, la evolución del Urbanismo, resulta definida a través del proceso integrado por tres etapas: reforma interior, ensanche y extensión de las poblaciones y

¹² GARCIA DE ENTERRIA, E. y PAREJO ALFONSO, L. "Lecciones de...". p. 43.

ordenación de la ciudad y de su territorio de influencia en el marco de una adecuada distribución y organización de la población ¹³.

En la etapa de reforma interior juegan criterios de estética y salubridad. En la de ensanche y extensión se trata de atraer a la iniciativa privada hacia las zonas exteriores al casco urbano, agregando nuevos barrios a los ya existentes, y en la etapa de ordenación, no sólo se proyecta el crecimiento de la ciudad, sino que se implanta una nueva concepción de ésta en conexión con el territorio circundante y adquiere una especial relevancia la idea de Plan, como instrumento destinado a emplazar los centros de producción ¹⁴.

Las soluciones urbanísticas en esta época fueron tres: un Urbanismo innovador que procuraba destruir en la ciudad antigua todo lo innecesario. Este modelo que rompía con el pasado es el francés de Hausman que remodeló Paris a escala de las necesidades de la época en el Reinado de Napoleón III. La primera ley francesa de Urbanismo es de trece de abril de 1850 y significa la intervención sobre la propiedad privada fuera de la expropiación.

Una segunda solución se presenta en el Derecho de la propiedad urbana conservador, que respetaba la ciudad antigua lo máximo posible. Es el seguido en Viena por Sitte. Procuraba seguir manteniendo los monumentos anteriores y el barrio antiguo que daban personalidad a una ciudad.

¹³ SERRANO GUIRADO, E. La Administración local y los problemas de la renovación urbana en "Revista de la Administración Pública", 1961, nº 36. p. 21.

¹⁴ CARCELLER, A. "Instituciones de...". p. 33.
MARTIN MATEO, R. La penetración pública en la propiedad urbana en "Revista de la Administración pública", Enero-Abril, 1972, nº 67. p. 22.

La tercera solución es la del Derecho de la propiedad urbana expansivo que dejaba la ciudad antigua como un hecho consumado y actuaba en las zonas exteriores o ensanches. Esta solución fue la española. Existen otras leyes que tocan aspectos concretos del problema. En Inglaterra las leyes datan de 1844 y prohíben el arrendamiento de locales insalubres. En la discusión de la ley de 1850 se propuso que la Administración podría declarar insalubres, no sólo los locales arrendados sino los ocupados por sus dueños y que la edificación no se mirase aisladamente, sino como conjunto.

En Alemania el sesenta por ciento de la propiedad de edificios es estatal financiada con impuestos finalistas (véase ley de dieciocho de marzo de 1918).

a) El Derecho de la Propiedad Urbana en España en el siglo XIX

No se puede entender nuestra actual situación sin detenerse --aunque de forma somera-- en la evolución del Urbanismo español en este siglo. Nuestra doctrina lo ha realizado con gran extensión ¹⁵. Es necesario fijar una serie de claves en esa evolución. Es un siglo de cambios políticos, sociales y económicos que se reflejan en cualquier legislación, no sólo la urbanística. Señala Bassols ¹⁶ que el fenómeno de la concentración urbana es una manifestación del siglo XIX aunque no cabe desconocer que en etapas anteriores existieron normas específicas para encauzar las cuestiones de esta naturaleza que se suscitaban en los asentamientos de poblaciones pre industriales; la llamada policía urbana comprendía una serie de cometidos a cargo de los

¹⁵ BASSOLS, M. "Génesis y ..." p. 638.

¹⁶ BASSOLS M. "Génesis y...". p. 75.

Ayuntamientos que tenían directa relación con la seguridad, salubridad, comodidad y ornato de las poblaciones. Las fuentes de regulación de la policía municipal originariamente fueron autonómicas, es decir, a través de los Fueros Tradicionales y las Ordenanzas municipales ¹⁷. No se puede desconocer para conocer la génesis del Derecho Urbanístico, la importancia de la legislación sobre fortificaciones y plazas fuertes, previstas en la novísima legislación y en la Ordenanza del Real Cuerpo de Ingenieros Militares de 1803. El ámbito de la policía urbana se ve interferido por la legislación específica de carácter militar, de una naturaleza estatal como corresponde a su función.

Surgen nuevas necesidades que experimentan las poblaciones en orden a la comodidad, salubridad y seguridad que ya no se pueden satisfacer con medidas de carácter policial. Se necesitaba nuevas medidas técnicas y actuaciones directas. Los Ayuntamientos se van a ver sometidos a una ley de Expropiación de 1836 de marcado carácter centralista. Pese a ello, el Derecho Urbanístico comienza en nuestra patria como en las demás, siendo una materia exclusivamente municipal, y como tal regulada a través de Ordenanzas ¹⁸.

b) La legislación del ensanche.

El ensanche de las poblaciones constituye la gran experiencia urbanística española en el siglo XIX.

¹⁷ BASSOLS, M. "Génesis y...". p. 76.

¹⁸ GARCIA DE ENTERRIA, E. Dictámen sobre legalidad de Ordenanzas municipales sobre uso del suelo y edificación en "Revista de la Administración pública", Mayo-Agosto, 1966, nº 50. p. 312.

En las diversas leyes de Ensanche de Poblaciones de 1864, 1876, 1892 se adoptaron previsiones sobre la revisión de las Ordenanzas especiales que serán todavía más especiales cuando la legislación de carácter sanitario inicie su preocupación en el tema urbanístico. Indica Bassols que sólo al finalizar el siglo, las principales ciudades --Madrid y Barcelona-- van a reformar sus Ordenanzas primitivas dando una mayor entidad a las cuestiones urbanísticas ¹⁹. A mediados del siglo XIX en una Real Orden de 25 de julio de 1849 se consagra una nueva técnica con una repercusión en el urbanismo: la representación gráfica de la realidad física de la ciudad a través de planos ²⁰. A través de estos planos se produce por primera vez una ordenación de conjunto de las poblaciones. Esta técnica de alineaciones da entrada a nuevas intervenciones en la propiedad privada y a unos deberes de contribución a las obras por parte de los particulares (Reales Ordenes de 7 de julio de 1863, 17 de mayo de 1866 y 10 de agosto de 1869).

El Ensanche de las poblaciones constituye el gran problema urbanístico en la España del siglo XIX. En España prima la expansión de la ciudad como fórmula que mejor puede solucionar el aumento de la población, la creciente emigración a la ciudad, la carestía de la vivienda, etc...

Es necesario destacar el no aprobado proyecto de ensanche de Posada Herrera (1861) que lleva a convertir el ensanche de las poblaciones en un tema primordial. El fracaso del Proyecto Posada Herrera de 1861 que proponía la reforma, saneamiento, ensanche del tránsito viario y el incremento de las viviendas, contenía un verdadero estatuto de la propiedad privada (cesión obligatoria de terrenos para viales, enajenación forzosa caso de inedificación...) ²¹. Pese a

¹⁹ BASSOLS, M. "Génesis y...". p. 81.

²⁰ PAREJO, L. "Derecho urbanístico.(Instituciones básicas)." Mendoza: Ciudad Argentina, 1986, p. 15.

²¹ PAREJO, L. "Derecho urbanístico...". p. 17.

haber fracasado tuvo el logro de destacar el problema del ensanche de las poblaciones. Seguiría después de su trámite parlamentario e informes pertinentes se aprobó la primera ley de Ensanche de Poblaciones cuya fecha es de 29 de junio de 1864. Ley de marcado carácter liberal que intenta estimular la edificación por los propietarios del suelo. La legislación legal es parca en otros aspectos ²². Esta ley de 29 de junio de 1864 tiene una incidencia mínima sobre el Derecho de Propiedad, pues aplica las limitaciones más imprescindibles. En su regulación destaca ²³:

- La ordenación y proyección del ensanche se produce a través de un "plano general", aprobado por el Gobierno a solicitud del Ayuntamiento correspondiente.*
- El ensanche se concibe en la ley el mero marco en el que se ha de desarrollar la actividad urbanizadora que crea calles, plazas de mercado, paseos...*

El ensanche no tiene de ningún modo, ni siquiera en fase de gestación, la pretensión de ordenar el fenómeno urbano, es un simple instrumento de utilización del suelo.

Esta ley no supuso ningún avance para afrontar una nueva situación. Su reglamento de 25 de abril de 1867 tampoco fue merecedor de otros calificativos. Define el ensanche como la incorporación a una población de los terrenos que constituyan sus afieras en una extensión proporcionada al aumento probable del vecindario a juicio del Gobierno, siempre que aquellos terrenos hayan de convertirse en calles, plazas, mercados, jardines y edificios urbanos.

²² PAREJO, L. "Derecho urbanístico...". p. 19.

²³ PAREJO, L: "Derecho urbanístico..." p. 19.

No mas valor que esta ley tiene la de 22 de diciembre de 1876 y su Reglamento de 19 de febrero de 1877. La ley de Ensanche de 22 de diciembre de 1877 contiene una serie de regulaciones legales novedosas:

- a) *Contiene un planeamiento urbanístico concreto.*
- b) *Prohíbe el ejercicio del "ius aedificandi" en la zona del ensanche. Supone una incidencia clara en el estatuto del Derecho de Propiedad que no prevé el derecho de indemnización por tal supresión legal de aquella facultad.*
- c) *Extiende la función de policía urbana más allá del territorio urbano, es decir, también el suelo rústico.*

Quería suponer un retoque de la de 1804. Pero el texto legal prescribe la formación en los Ayuntamientos de unas Ordenanzas especiales dirigidas a la determinación de una zona próxima al ensanche en la que no puede construirse edificación de clase alguna y a la fijación de las reglas a que deban someterse las construcciones fuera de la población y el ensanche.

Si cabe reconocer que supone la extensión de la función de policía urbana más allá del territorio urbano, es decir, también el suelo rústico ²⁴.

El sistema legal del Ensanche encuentra su expresión definitiva en la ley de 26 de julio de 1892 que regula los Ensanches de Madrid y Barcelona. Es una ley que retorna a la precedente de

²⁴ PAREJO, L. "Derecho urbanístico...". p. 22.

1864. Vuelven a formar parte de las Comisiones de Ensanche los representantes de la propiedad de la zona.

Existen notas de interés en la ley. Se extiende la declaración de utilidad pública y la calificación de la categoría de obras urbanísticas así como la sistematización del proceso de ordenación y ejecución del ensanche ²⁵. Esta normativa de ensanche de 1892 entre esas notas de interés incluye: (en su Reglamento de 31 de mayo de 1893).

- Participación de representantes de las Corporaciones locales y de los propietarios del terreno para ejecutar el ensanche.
- Introducción de la cesión gratuita de terrenos viales, aunque todavía no con carácter obligatorio, pero sí estimulaba con exenciones fiscales y con la amenaza de la expropiación.
- El planeamiento queda consagrado implícitamente el principio del planeamiento como base legitimadora de toda actuación urbanística.

c) **La legislación sobre obras de saneamiento y mejora interior de poblaciones**

Pronto surgen los problemas de la reforma interior de las poblaciones. El primer problema jurídico que se planteaba era la mejora interior de las poblaciones. Se trata de eliminar barrios insalubres, ensanchamiento y regularización del dédalo de callejas antiguas etc...; ello sólo

²⁵ CARCELLER, A. "Instituciones de...". p. 47.

podía venir a través de una aplicación de la institución de la expropiación forzosa ²⁶. La segunda ley de la Expropiación forzosa (hubo otra en 1836) de 10 de enero de 1879 ya reconoce implícita la utilidad pública en "todas las obras de policía urbana y en particular las de ensanche y reforma interior de poblaciones" (art. 11). La preocupación por la ordenación urbanística de las zonas de ensanche trajo el olvido de la política urbanística de los cascos antiguos y tradicionales de las poblaciones. Aparece de forma clara un principio básico del Derecho Urbanístico que se hace visible en las fórmulas de cesiones gratuitas de terrenos viales: la recuperación de las plusvalías creadas por la obra urbanizadora para evitar un enriquecimiento injusto para unos propietarios determinado por su colindancia con unas obras que los demás deben soportar. La expropiación de zonas laterales es, de donde la técnica se toma. Se habla de una "expropiación de las plusvalías", derivadas de la obra pública. Realmente, la cuestión de la ordenación urbanística de los cascos antiguos de las ciudades no es tratada de forma rigurosa hasta la primera normativa legal, la ley de 18 de marzo de 1895, sobre obras de saneamiento y mejora interior de las ciudades, desarrollada en el Reglamento de 15 de diciembre de 1896 que vino a llenar el vacío que en esta materia ofrecía la ley municipal de 1856. La reforma interior consiste en el derribo de barrios antiguos y poco higiénicos para abrir nuevas calles y levantar edificaciones de mejor calidad ²⁷. Esta ley de 1895 concibe la actuación urbanística como técnica operacional al servicio de la resolución de problemas urbanos concretos al margen de cualquier técnica de ordenación ²⁸.

²⁶ GARCIA DE ENTERRIA, E. y PAREJO, L. "Lecciones de...". p. 79.

²⁷ CARCELLER, A. "Instituciones de...". p. 46.

²⁸ PAREJO, L. "Derecho urbanístico...". p. 25.

Esta ley de 1895 estimula y potencia la realización de la reforma interior por concesionarios privados (arts. 21 a 24), otorgaba importantes beneficios fiscales, crea un jurado especial encargado de estudiar y fallar las tasaciones integrado por alcalde, cuatro arquitectos, un comerciante, un industrial y dos abogados (arts. 25 y 28). Hay que advertir que la ley de Expropiación Forzosa de 1879 hacía una ordenación mínima de las obras de reforma interior. Dispone la formación por los Ayuntamientos de poblaciones de 50.000 o más habitantes (que precisen de reforma interior) de los planes totales o parciales de las obras que deban hacerse en el casco de las mismas.

Realmente, la evolución urbanística experimenta en este siglo XIX un cambio mayor que en ningún siglo anterior en la aparición de técnicas urbanísticas de problemas urbanos algunos de ellos sin resolver todavía.

d) Siglo XX y Derecho de la propiedad urbana

En el siglo XX se aprovecha la evolución del siglo anterior y se perfecciona. Aparece la perspectiva sanitaria del Urbanismo, motivada por la situación insatisfactoria de las ciudades en nuestro país ²⁹. La primera Instrucción sanitaria es de 1904. Posteriormente el Reglamento de Higiene Pública de 1910 limita la altura de los edificios y asegura la ventilación de edificios. Una Real Orden de 3 de enero de 1923 aprobó las Instrucciones técnico-sanitarias para los pequeños municipios. Así cabe destacarse también la ley sobre Construcción, Mejora y Transmisión de las Casas Baratas de 10 de diciembre de 1921 y de su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 8 de julio de 1922 que tiene una consistencia en torno a la planificación. Se ordena la actuación en materia de viviendas mediante auténticos planes urbanísticos aunque

²⁹ CARCELLER, A. "Instituciones de...". p. 47.

se hable de "proyecto" se tiene una representación gráfica del conjunto del territorio afectado, plana de conjunto y de detalle, división del proyecto en partes para su ejecución...³⁰.

En el período que va de 1924 a 1935 existe una ausencia de innovaciones sustanciales en el planeamiento urbanístico y se produce una consolidación o reafirmación de las técnicas consagradas en el período anterior. El Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 posee una concepción de la obra urbanística como una competencia municipal de carácter exclusivo. La ley de Bases Municipal de 10 de julio de 1935 y su texto articulado promulgado por Decreto de 31 de octubre supone un retroceso en el aspecto urbanístico, indica Gómez-Ferrer.

En el período de 1939-1956 el fenómeno de concentración de la población en áreas urbanas alcanza dimensiones inquietantes. En un principio se dictará una legislación encaminada a reparar daños causados de la guerra civil. Así, el Decreto de 6 de febrero de 1939 que crea el Consejo Superior de Sanidad, la ley de 13 de julio de 1940, la legislación de viviendas protegidas que sustituye a la de casas baratas y que está integrada por una ley de 19 de abril de 1939 y su Reglamento de 8 de septiembre de 1939. La ley de Régimen Local de 1945 incorporó al acervo de nuestra legislación el concepto de Urbanismo como Plan de conjunto de la ciudad y declaró preceptivo este Plan general de Urbanización en todo municipio (art. 134).

Mayor contenido urbanístico ofrece por sus especificidades las leyes de Ordenación urbana de Madrid³¹, Bilbao³², Valencia³³ y Barcelona³⁴.

³⁰ PAREJO, L. "Derecho urbanístico...". p. 29.

³¹ Ley de 1 de marzo de 1946.

³² Ley de 1 de marzo de 1946.

La ley de 15 de mayo de 1945, sobre Ordenación de solares, desarrollada en el Reglamento de 23 de mayo de 1947, dispuso un "Registro público de solares e inmuebles de edificación forzosa".

La etapa nueva del Urbanismo llega con la ley de 12 de mayo de 1956 sobre Ordenación Urbana y Régimen del Suelo conocido como "Ley del Suelo". Desde 1949 a 1956 se trabajó en la elaboración de esta ley. En el año 1953 el Instituto de Estudios de Administración Local dio publicidad a un "Anteproyecto de ley de Régimen del Suelo y de Ordenación Urbana" que constaba de 187 artículos. El Gobierno, por acuerdo de 11 de marzo de 1955 remitió a las Cortes para su aprobación el Proyecto de ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana que se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Españolas el día 23 de mayo de 1955 ³⁵. El Proyecto sufrió modificaciones y se suprimieron treinta y dos artículos, algunos de ellos por su carácter casuístico.

Para nuestro trabajo es a partir de esta ley donde empieza nuestra época urbanística actual. Supuso el afrontar los problemas urbanísticos de forma ordenada conforme a una visión integral de la materia, que antes no existía. No sería exagerado decir que dada esa visión integral se pueda calificar a la ley como de Código Urbanístico ³⁶.

³³ Texto de 14 de octubre de 1949 que desarrolla la ley de 18 de diciembre de 1946.

³⁴ Ley de 5 de diciembre de 1953.

³⁵ BASSOLS, M. "Génesis y...". p. 557.

³⁶ BASSOLS, M. "Génesis y...". p. 559.

Pero esta ley y las sucesivas desde nuestra posición no son hitos de la historia urbanística, sino normas actuales de las que partimos al plantearnos el estudio de nuestra normativa vigente del suelo. En otros puntos habrá que hacer mención a el y a las posteriores modificaciones de la ley de 1956 de donde se conocerá lo que dichos cuerpos legales han supuesto para nuestro presente urbanístico.

3.- BREVE REFERENCIA AL DERECHO EXTRANJERO

España se encuentra situada en los países de la Europa comunitaria y es lógico que sean estos países a los que interesa referirse. A ello se debe unir el hecho de que la política urbanística (entre otras) está siendo concebida de forma globalizada en la Comunidad Europea. De todas maneras, la referencia será breve por cuanto se ha producido el fenómeno reglamentario que complica en exceso la regulación urbanística. La transformación de la legislación y de los reglamentos en estos países es pareja a la del nuestro.

Las limitaciones de urbanizar y edificar en sí mismas se explican, según PARADA, más que por la tantas veces invocada función social de la propiedad por la imperiosa necesidad, nacida de la naturaleza de las cosas ¹.

El derecho a edificar se halla limitado en todos los países comunitarios. El suelo, como en nuestro caso, es, en su mayor parte, de propiedad privada. El núcleo del problema consiste en determinar si las limitaciones del derecho son o no indemnizables.

3.1.- FRANCIA

En Francia, la jurisprudencia ² califica las prohibiciones o limitaciones a la facultad de edificar como servidumbres legales y, como tales, en principio, indemnizables. Pero las indemnizaciones

¹ PARADA, R. "Derecho Administrativo". Madrid: Marcial Pons, 1990, Tomo III. p. 327.

² PARADA, R. "Derecho Administrativo...". p. 328.

solicitadas se rechazan por cuantiosas. El código de Urbanismo es muy detallado y por ello, la influencia que ha ejercido en nuestras leyes justifica detenerse un poco más en ella.

El artículo 160.5 del Código de Urbanismo dice: "No tendrán derecho a indemnización alguna las servidumbres instituidas por aplicación del presente código en materia de circulación, de higiene, de estética, o por otros motivos que afecten, fundamentalmente a la utilización del suelo, altura de las construcciones y proporción de las superficies construidas y no construidas en cada propiedad la prohibición de construir en ciertas zonas y al borde de ciertas vías, y la distribución de inmuebles entre diversas zonas".

La ley de 31 de diciembre de 1975 estableció el "plafond legal de densité" con el alcance de dividir y distribuir el derecho de edificar entre el propietario y la colectividad. Permite que el derecho de construir permanezca en la titularidad del propietario del suelo, pero intenta limitarlo de forma igualitaria ³. Mas allá de ese límite o "plafond" el ejercicio del derecho a construir pasa a la colectividad o ente local y el aprovechamiento que el Plan de ocupación le pueda reportar deberá revertir al municipio. Con ello se consigue ralentizar o parar la densificación del centro de las ciudades aumentando el costo de las que sobrepasan el límite legal de densidad. Así también luchar contra la especulación pues los compradores rechazarán total o parcialmente tomar a su cargo con sobrepasar el "plafond".

En el Derecho Urbanístico francés el Consejo de Estado ha anulado algunas decisiones expropiatorias en razón a que en el caso concreto de que se trate, el coste que tiene la operación en términos económicos y de inconveniente social; cuando ese coste es superior a las ventajas

³ PARADA, R. "Derecho Administrativo...". p. 329.

que se perciben de la operación, entonces se anula la misma por una infracción del principio del balance coste-beneficios ⁴.

Debe señalarse la ley de 31 de diciembre de 1975 sobre reforma de la política del suelo y sus Decretos de aplicación de 29 de marzo de 1976 y Decreto de 7 de julio de 1977. También deben citarse textos que tienen una incidencia grande en el urbanismo como la ley de 10 de julio de 1977 y la ley de 10 de julio de 1976 sobre protección de la naturaleza y sus Decretos de aplicación.

Parece que el Derecho francés contemporáneo se orienta esencialmente en tres direcciones: controlar el mercado del suelo que condiciona las realizaciones urbanas, mejorar la información y la participación del público, introducir las preocupaciones en orden al medio ambiente en una disciplina en la que la calidad de vida es una preocupación cotidiana ⁵. *El legislador francés cree que en el alza de los precios del suelo está el origen de un urbanismo desordenado. Por ello pretende controlar el mercado del suelo. Además del "plafond de densité" ya visto, establece la ley un sistema de coeficientes de aprovechamiento del suelo: el sistema de coeficientes de aprovechamiento del suelo es más antiguo que el "plafond"; data de una ley de Orientación Inmobiliaria de 30 de diciembre de 1967. Pretende lo mismo: desalentar la construcción en el centro de las ciudades, ya colapsado* ⁶.

⁴ BOQUERA OLIVER, M. "Derecho Urbanístico Local". p. 222.

⁵ MODERNE, F. Nuevas orientaciones del Derecho urbanístico en Francia: los intentos de un control del mercado del suelo en "Revista de la Administración Pública", Septiembre-Diciembre, 1977, nº 84. p. 468 y ss.

⁶ MODERNE, F. Nuevas orientaciones... p. 473.

Los coeficientes de ocupación del suelo se definen como las relaciones entre una superficie de terreno y una superficie construída; expresan por tanto, una densidad de construcción, autorizada por un plan de ocupación del suelo. Estos coeficientes son muy variables. Las extralimitaciones de los coeficientes son posibles mediante el pago de una contribución denominada "participación por exceso de coeficiente".

El Derecho de tanteo es uno de los instrumentos más útiles para el control del mercado del suelo que tiene establecida la ley francesa para la preferencia adquisitiva a favor de los municipios. La ley de 1975 aplica el Derecho de tanteo o de preferente adquisición en las llamadas "zonas de intervención del suelo". Ante la imposibilidad de proceder a expropiaciones o compras masivas para constituir reservas de suelo en las zonas cuya ordenación no se considera inmediata, era necesario hacer frente con otros medios a las alzas abusivas de terrenos ⁷. Este objetivo ha sido alcanzado mediante la creación de un derecho de tanteo en beneficio de las corporaciones locales, en los casos en que las transacciones privadas se hagan a precios excesivos, susceptibles de dañar las realizaciones futuras ⁸.

La ley de 26 de julio de 1962 se ocupa del derecho de tanteo en las zonas de urbanización preferente. El Estado puede sustituir a un municipio pasado el plazo en que éste no haya ejercitado el mismo, cuatro años desde la publicación establecido en el polígono. Pero el municipio puede obtener el inmueble si lo demanda a no ser que aquél sea ya afecto a un fin de interés general. La legislación francesa contempla la sanción y las consecuencias de la violación de las inobservancias del derecho de tanteo. Representa, además una fuerte intervención en el

⁷ MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la ley 8/1990 de reforma del régimen urbanístico". Madrid: Colex, 1991. p. 120.

⁸ Ver ORIVELLE "Repertoire de la Construcción de l'habitat et de l'urbanisme". París: 1963. p. 775 a 791.

tráfico privado de los terrenos si se tiene en cuenta la relación de posibles beneficiarios del derecho: El Estado, los municipios, los establecimientos públicos ⁹.

3.2.- ITALIA

En Italia, los vínculos indefinidos de ineficabilidad sin indemnización han suscitado un grave problema constitucional, en la Ley de Urbanismo de 1942, pues el artículo 7 permitía establecer en los planes, áreas o zonas no edificables. El artículo 11 establece la vigencia ilimitada de dichos planes generales; el artículo 40 excluyó de indemnización los vínculos de zona establecidos en aquéllos ¹⁰.

La Corte Constitucional en una sentencia de 29 de mayo de 1968 declaró la ilegitimidad por contradicción con el artículo 42 de la Constitución que dice: "la propiedad privada puede ser expropiada en los casos que prevé la ley ni salvo indemnización por motivos de interés general" ¹¹.

En esa sentencia se dice que "los bienes inmuebles --dice la legislación urbanística-- pertenecen a su propietario con los atributos inherentes a sus posibilidades de actuación, pero existen límites conexos o connaturales (inherentes a la edificación intensiva, extensiva, de ineficabilidad por duración limitada de los planes particulares).

⁹ MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la ley...". p. 122.

¹⁰ DE LOS MOZOS, J. "El Derecho de superficie en general..."
Ministerio de la Vivienda. Madrid: 1974.

¹¹ PARADA, R. "Derecho Administrativo...". p. 331.

Era una sentencia que conllevaba una remodelación de la propiedad desde la vertiente del urbanismo ¹².

La Ley del Suelo edificable de 28 de enero de 1977 sustituye la licencia gratuita para edificar por una concesión onerosa por la que el propietario ha de pagar una determinada cantidad que se afecta al pago por la corporación local de las obras de urbanización.

El plan urbanístico es fundamental en la legislación urbanística italiana. Donde no existe el plan se concretan unos estándares legales (artículo 47 de Ley de 1977).

En la determinación de la indemnización en la expropiación forzosa se deben excluir los incrementos debidos a la actividad pública de planificación (y su distinto índice de aprovechamiento urbanístico de terrenos). La ley sulla casa de 22 de octubre de 1971 introdujo el criterio del valor agrícola, con modestos correctivos para el suelo urbano. El valor venal de los bienes sigue vigente ¹³.

3.- ALEMANIA

Alemania, como en otros temas jurídicos, ha traído una innovación en la materia. La ley federal de 1960 es interesante en muchos aspectos. En Alemania, producto de una época de preeminencia del Estado en todos los órdenes, se consagra la institución de la expropiación

¹² PARADA, R. "Derecho Administrativo...". p. 332.

¹³ PARADA, R. "Derecho administrativo...". p. 333.

precisamente como técnica de resolución del conflicto irreconciliable entre el interés público y la permanencia de una situación patrimonial privada ¹⁴.

La ley alemana de urbanismo ha sido criticada por suponer una grave intervención en la esfera jurídico-privada que raya en los límites de lo admisible en un Estado de Derecho ¹⁵.

El Derecho que posee el Ayuntamiento de tanteo es amplio. Es un derecho preferente a otro tipo de tanteo previsto en el Código Civil ¹⁶. Este Derecho está reconocido en el párrafo número 24.

El dirigismo del Estado en la ordenación urbanística queda reflejado fuertemente en la Ley de 1960. Ya estaba reflejada la planificación en la ley de la Colonización de 11 de agosto de 1919 y sus modificaciones. Posteriormente, existió una ley de Propiedades familiares de 10 de mayo de 1920 que modificó una ley de agosto de 1952.

La ley de 1960 está teñida de un espíritu de vinculación que fomenta la función social, según Martín Blanco, a veces se viene a considerar un fundamento de la expropiación en casos particulares a la función social ¹⁷.

¹⁴ PAREJO, L. La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán en "Rev. Cívitas de Derecho Administrativo" Octubre-Diciembre, 1978, nº 19. p. 541.

¹⁵ EPPIG: "Das Bundesbaugesetz in der noturiellen Praxis". Munich, 1960.

¹⁶ MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la ley...". p. 118.

¹⁷ MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la ley...". p. 119.

Lo que la doctrina alemana llama el "bien común" concurre respecto de aquellos terrenos calificados en el Plan como superficies necesarias para servicios públicos, tráfico o zonas verdes. El Plan Urbanístico delimita las facultades y el régimen al que se va a someter la clasificación urbanística del suelo es análoga a la española. El expediente de ordenación del suelo tiene un procedimiento de aprobación que cuenta con apoyos de técnicos urbanistas en gran medida lo que tiene preferencia para el legislador alemán son los servicios públicos.

El fuerte derecho de adquisición de la autoridad local sobre el suelo situado en zonas destinadas a servicios públicos hace que se sitúe por encima de la regulación jurídico-privada del Código Civil alemán (136 B). Este derecho de adquisición es preferente frente a cualquier comprador. Los municipios, indica Martín Blanco ¹⁸ pueden ejercitar su derecho de tanteo incluso frente a los parientes más próximos del vendedor, y es una intervención en las relaciones contractuales más íntimas de la familia que según este autor, no parece justificable conforme al sentido jurídico. La salvedad de este importante derecho de tanteo o recuperación del terreno, la titularidad por el municipio está en que en todos los casos en que exista un negocio traslativo del dominio que no sea por compra (donación, permuta, ...) el terreno es susceptible de adquirirse sin limitaciones, mas aún así, el intervencionismo de la Ley de Urbanismo de 1960 es grande en la esfera jurídico-civil. Aún así, el sistema alemán es el mejor de Europa en cuanto a la ordenación y edificación del suelo ¹⁹.

3.4.- PORTUGAL

¹⁸ MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la ley...". p. 119.

¹⁹ "La edificación y sus claves: el punto de vista de los profesionales". Estudio del Instituto de la Comunicación Pública, 1993, serie 6. Grandes temas. p. 18.

En Portugal regía un Decreto-Ley 57/70 de 24 de noviembre. La nueva Ley del Suelo es de 5 de noviembre de 1976 (Ley del Suelo portuguesa). Pocas características diferenciales presenta esta ley del suelo.

En la legislación portuguesa adquiere un gran valor la figura del plan urbanístico. El plan de demarcación urbana de carácter municipal es el más importante a efectos de la transformación urbana. El Ayuntamiento o corporación local posee un derecho de tanteo en favor de los terrenos que se encuentren sitios en ese plan y sea necesario utilizarlos para la ejecución del plan. Para ello se aplica el procedimiento de expropiación forzosa por razón de la utilidad pública. Es también una legislación intervencionista en la esfera jurídico-civil y en esos proyectos de delimitación urbana llega a ser coactiva. La reglamentación de la vivienda en Portugal tiene como objetivo esencial la salud y la seguridad. La mayoría de los trabajos privados son sometidos a una estricta "autorización municipal". Los municipios centran su examen en el aspecto exterior de la propiedad urbana, en su adecuación al medio y la conformidad con el plan de urbanismo. La reglamentación se remite a los "técnicos responsables" para todos los aspectos de construcción.

3.5.- REINO UNIDO

En el Reino Unido ²⁰ la legislación de Urbanismo, de la construcción y de la vivienda está centralizada, aunque son los distritos y condados los responsables de ejecutar las leyes y reglamentos.

²⁰ "La edificación y sus claves...". p. 21.

Obtener el "permiso urbanístico" (como la licencia nuestra pero con matices) es el primer gran problema. Después se sometería al "building control" o control de edificación.

La reglamentación urbana se renovó completamente en 1985. Dos instrumentos se reflejan: uno que fija las exigencias bajo la forma de objetivo. El otro presenta ejemplos de aplicación.

El primer documento es el "building regulation" o regulación edificatoria urbana. El segundo documento es una guía de construcción. Todo está reglamentado (espacios entre viviendas, aislamiento acústico, etc...).

Se espera la aparición de un nuevo reglamento de la construcción urbana. Así también, se desea un doble control, uno sobre las reglas del urbanismo y de estética y el otro con relación al cumplimiento de los planes en concreto. La "Land Community Act" de 1975, obligó a las autoridades locales a adquirir el suelo necesario para cubrir las necesidades de expansión de la ciudad por un período de diez años. Se valora el suelo en su valor de uso o destino actual (existing use, value) sin contemplar sus perspectivas urbanísticas o edificatorias. Para controlar la evolución de la propiedad urbana la comunidad local debe ser titular del suelo.

4.- CARACTERES DEL ORDENAMIENTO URBANISTICO

Toda esa evolución legislativa hace que podamos hablar de una manera pacífica ya de Ordenamiento o Derecho Urbanístico sin ninguna duda. El Derecho Urbanístico es el conjunto de reglas de las cuales la Administración, en nombre de la utilidad pública, y los titulares del derecho de propiedad en nombre de la defensa de los intereses privados, deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vistas a la ordenación del territorio ¹. Es un Derecho que recoge como se ve intereses varios ²: intereses generales (fines sociales, seguridad, etc...) e intereses particulares, de los que, por regla general, son titulares los propietarios. El gran problema, fundamental, de esta regulación consiste en armonizar ambas clases de intereses con fórmulas justas e instrumentos adecuados. La mayoría de los autores habla de Ordenamiento Urbanístico sin mayor trascendencia ³. El Derecho Urbanístico queda configurado con la segunda ley del suelo (texto refundido de 9 de abril de 1976) como un ordenamiento jurídico general, con una sólida jurisprudencia ⁴. Pero la complejidad de los intereses encontrados antes referida, se hace también presente en la visión que se tenga de cada uno de esos intereses, conocer cual de ellos se favorece. Si se prima a uno el interés público, o al revés, el otro queda

¹ JACQUIRUAU, L. "Le Droit de l'Urbanisme". 2ª Ed. Paris: 1986. p. 12.

² CARCELLER, A. "Instituciones de...". p. 25.

³ GONZALEZ PEREZ, J. "Nuevo régimen de las licencias de urbanismo". 2ª Ed. Madrid: Abella, 1992. p. 132.

⁴ BOIX REIG, V "Urbanismo y...". p. 84.

desmerecida la institución de la propiedad queda acordonada de lleno por el Derecho Urbanístico.

El intervencionismo de la Administración en la propiedad del suelo es creciente, trae su causa en el hecho de la emigración a las grandes ciudades con el incremento de población de éstas ⁵.

El Estado no puede permanecer indiferente frente a este hecho y le corresponde intervenir para encauzar y superar los intereses meramente individuales situados privilegiadamente por los hechos sociales. Ello hace poco a poco y, aceleradamente, en el siglo XIX la formación de un Derecho Urbanístico. En el plan urbanístico encontrará el legislador la difícil armonización de los intereses ya citados así como en la creación de otras técnicas de distribución de cargas y beneficios procedentes del suelo. Todo fenómeno social, y eso es esencialmente el urbanismo, desemboca en la imprescindible necesidad de que le sea dada una regulación jurídica. El Derecho Urbanístico surge cuando se dan una serie de condiciones ⁶: una visión integral y completa de todo el fenómeno que se concibe como una unidad; articulación de medidas técnicas unas veces propicio de su sistema y otras veces procedentes del resto del ordenamiento jurídico.

Esto no ocurre en España de forma clara hasta 1956 con la primera Ley del Suelo. En cuanto a su sustantividad o autonomía de este Derecho.

⁵ LASO MARTINEZ, J. "Derecho Urbanístico" Madrid: Montecorvo, 1982. p. 32.

⁶ LASO MARTINEZ, J. "Derecho urbanístico...". p. 74.

Puede afirmarse que tiene una sustantividad propia en grado tal que se puede convertir en disciplina jurídica autónoma ⁷. Pero ya tiene instituciones propias, legislación propia, jurisprudencia propia y abundantísima. Posee todas las características de un ordenamiento.

Si bien esto es evidente, al afectar el Derecho Urbanístico, de modo fundamental a la propiedad privada su posición parece venir dada como la de un Derecho de carácter complejo partícipe de la naturaleza del Derecho público del que procede y del Derecho privado al que está abocado ⁸. Los administrativistas reconocen los indudables aspectos civiles en la legislación urbanística, pero mantienen en su generalidad su carácter básico de Derecho administrativo. En cualquier caso, la óptica desde la que se estudie no es esencial para determinar su indudable autonomía. Se sitúa este Derecho a caballo entre el Derecho público y el Derecho privado ⁹. GONZALEZ-BERENGUER considera a este Derecho como especial que participa de normas de Derecho privado y de Derecho administrativo con unas notas peculiares que le separan de uno y de otro. Está montado sobre el concepto funcional de la propiedad inmueble y tiene un contenido preponderadamente social ¹⁰. Es indudable la influencia decisiva sobre el Derecho

⁷ No lo cree así LASO MARTINEZ. "Derecho Urbanístico...". p. 78.

⁸ LASO MARTINEZ, J. "Derecho Urbanístico..." p. 79.

⁹ MARTIN BLANCO, J. "Estudios de Derecho Urbanístico". Madrid: 1960. p. 53.

¹⁰ GONZALEZ-BERENGUER, J. "Estudios de urbanismo...". p. 108, en la que analiza la implicación del derecho de propiedad urbana en la política de los países que estuvieron sometidos a la economía de dirección central que no distinguieron entre estos Derechos peligrosamente. (Derecho de propiedad privada y Derecho de propiedad pública).

privado que tiene el Derecho Urbanístico y que a partir de él gran parte de los problemas derivados de las instituciones tradicionalmente privadas no pueden ya ser entendidas al margen del Derecho Urbanístico porque éste ha transformado a esas instituciones radical y profundamente (y no sólo en la estructura del Derecho Civil)¹¹.

Sostenida su autonomía y su justificación se tiene que indicar que el Derecho Urbanístico presenta el peligro de su eminente modernidad que le hará caer en más de un error técnico.

Si tiene que significar el Urbanismo una visión integral del problema de la ciudad habrá de reflejarse ello en su regulación; lamentablemente, será compleja como lo es la convivencia urbana ¹². El Ordenamiento es lógico que haya tenido que reaccionar de alguna forma para hacer frente a un proceso de mayor tecnología, de complejidad en la convivencia urbana... abordando frontalmente la mediatización de los ámbitos de poder inherentes a la situación de dominio privado. Por otra parte, es difícil imaginar que en ningún momento histórico puedan darse soluciones definitivas en el ámbito urbanístico ante la imposibilidad de asimilar situaciones que ya han cambiado cuando la norma inicia su vigencia.

¹¹ CHICO Y ORTIZ, J.M. Lo jurídico y lo urbanístico en "Revista de Derecho Urbanístico". 1975-2, nº 41. p. 37.

¹² MARTIN MATEO, R. Penetración pública en la propiedad urbana "Revista Administración Pública", Enero-Abril, nº 67. p. 22.

Lo cierto es que este Derecho Urbanístico ha supuesto una discusión o debate acerca de los conceptos más avanzados de la ciencia jurídica actual: la estructura del Derecho subjetivo, los diversos tipos de propiedad...¹³

Es necesario señalar una serie de caracteres de este Derecho Urbanístico. Por muchos factores pero fundamentalmente porque su objeto de regulación (la realidad social que regula) es el Urbanismo un Derecho complejo. El Urbanismo es el conjunto de conocimientos que se refieren al estudio de la creación, desarrollo y progreso de los poblados en orden a las necesidades materiales de la vida humana ¹⁴.

Entre los caracteres de este Derecho u Ordenamiento Urbanístico se pueden citar:

a) **CARACTER MIXTO**

Tiene un indudable caracter mixto, que contempla aspectos publicísticos y aspectos privatísticos, cada vez a un nivel de igualdad en su trato ¹⁵.

¹³ DE LOS MOZOS, J.L. "Estudio sobre Derecho de Bienes". Madrid: Montecorvo, 1991. p. 549.

¹⁴ Diccionario de la lengua española. 20 Ed. Madrid: Real Academia española, 1990, voz "urbanismo". p. 1358.

¹⁵ DE LOS MOZOS, J.L. "Estudio sobre el...". p. 549.

b) *CARACTER ACOMODATICIO*

Poco a poco se va aclimatando el Derecho Urbanístico al Ordenamiento que le da cabida; por tanto, se intenta evitar el desfase que existe entre el urbanismo como técnica y el Derecho Urbanístico en el sistema normativo.

c) *CARACTER DE COMPONENTE PROCESAL*

En sus normas existe a lo largo de su evolución cada vez más potenciado, un fuerte componente procesal que a menudo, no tiene una instrumentación adecuada. Es por ello por lo que debe establecer sus propios cauces, sanciones por incumplimiento, etc.¹⁶.

d) *CARACTER IMPERFECTO*

Es un Ordenamiento imperfecto lo que es característico de las transformaciones jurídicas de nuestro tiempo. Los códigos ofrecen un conjunto de regulaciones dotadas de unidad, pero las nuevas ordenaciones son conscientes de la problemática a futuro, por lo que dejan más abierta su transformación y desarrollo.

Pero esto es característico de las leyes de reforma anterior --como es la Ley del Suelo-- impulsadas por acuciantes e importantes necesidades sociales y económicas. Se resisten a una regulación que los formule dentro de unos moldes conocidos en ocasiones, porque esos moldes quizá le resulten insuficientes y hayan de crearse otros nuevos.

¹⁶ PASTOR RIDRUEJO, F, "La propiedad urbanística y su legitimación en "Revista de Derecho urbanístico", 1971, nº 21. p. 75.

e) **CARACTER DESCRIPTIVO**

La descripción pormenorizada de toda actividad urbanística y de las cautelas necesarias para el respeto de las limitaciones de las facultades del propietario, así como, la distribución justa y equitativa de cargas y beneficios.

f) **CARACTER SANCIONADOR**

Ello conlleva la aparición, cada vez más tangible, de la sanción y del funcionamiento del aparato coercitivo de la Administración.

g) **CARACTER AUTONOMO**

La supuesta parte especial del Derecho Administrativo se ha desgranado de él. Posee ya sus propios conceptos, instituciones, se puede estudiar como Ordenamiento "nuevo" prescindiendo de sus ramas implicadas (Derecho administrativo y Derecho civil), pero da una visión diferente del derecho de propiedad coherente con su sistema.

h) **CARACTER IRREVERSIBLE**

La singularidad del Derecho Urbanístico está hoy apoyada en todos los países por la singularidad misma de sus normas reguladoras que han concluído por formar un cuerpo normativo perfectamente diferenciado en grandes leyes o códigos generales. Esta especialización normativa y organizativa es reciente en España, concretamente en 1956

(Ley del Suelo, de 12 de mayo) y en 1957 cuando se crea el Ministerio de la Vivienda, pero ya es irreversible ¹⁷.

Pero es preciso advertir en toda esta regulación el tratamiento jurídico-civil de la propiedad para poder comprender la incidencia que sobre la misma supone el Plan en general y cada una de las operaciones urbanísticas de su realización. El Derecho Urbanístico no puede exponerse ni comprenderse sin un conocimiento profundo de las instituciones civiles con los que se relaciona y a las que en ningún modo puede suplir ¹⁸.

¹⁷ GARCIA DE ENTERRIA, E. y PAREJO ALFONSO, L. "Lecciones de..." p. 66.

¹⁸ GARCIA DE ENTERRIA, E y PAREJO ALFONSO, L. "Lecciones de..." p. 62.

5.- LEGISLACION VIGENTE EN ESPAÑA

Nuestra legislación urbanística actual (Texto Refundido de 26 de junio de 1992 y reglamentos) parte de la Ley de 12 de mayo de 1956 y sus posteriores modificaciones ¹. La Ley del Suelo de 1956 era una Ley extensa. La acción urbanística se refiere a: (artículo 2º) a) planeamiento urbanístico, b) régimen urbanístico del suelo, c) ejecución de urbanizaciones y d) fomento e intervención del ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación. En la Ley del Suelo de 1956 el urbanismo era considerado como una función pública. Las principales decisiones en la materia (transformación del suelo rústico en urbano, zonificación, aprovechamiento urbanístico...) corresponden a la Administración y se han separado de la titularidad dominical. Establece esta Ley el principio de afectación de las plusvalías al coste de la urbanización. La justa distribución de cargas y beneficios derivados del planeamiento, así como la participación de los ciudadanos (interesados) en la gestión urbanística fueron traídas por esta Ley como principios que han perdurado en nuestro Derecho Urbanístico.

Eran evidentes las razones que en la década de los sesenta existían para propugnar un cambio en la legislación urbanística. De los 228 artículos que integraban la Ley de 1956, la de reforma de 2 de marzo de 1975 redactó de nuevo 102 e incorporó 23 artículos y derogó 19.

En su Exposición de motivos dice: "II. El examen de la situación urbanística española permite concluir que, a pesar de los esfuerzos de gestión desarrollados en los últimos años y de las cuantiosas sumas invertidas para regular el mercado del suelo, el proceso de desarrollo urbano se caracteriza, en general, por la densificación congestiva de los cascos centrales de las

¹ CARCELLER, A. "Instituciones de..." p. 56.

ciudades, el desorden de la periferia, la indisciplina urbanística y los precios crecientes e injustificados del suelo para el crecimiento de las ciudades".

Cita entre las causas para un cambio legislativo la "insuficiente incidencia de la planificación económica en la planificación física y una concepción del plan urbanístico (...) como un documento cerrado estático y acabado"...

La indisciplina urbanística, la inadecuación de las estructuras administrativas y los mecanismos de coordinación son otros factores de cambio.

Reguló "ex novo" la figura de los Planes Directores Territoriales de Coordinación con un papel de directriz superior. Otro aspecto es la incorporación de formas de actuación de la iniciativa privada, refuerza el papel del Plan Especial, etc...

Dada la amplitud legislativa mejor hubiera sido redactar un nuevo texto. La Ley trajo una nueva clasificación del suelo (urbano, urbanizable --programado o no-- y no urbanizable.

Una disposición la final nº 2 de la Ley 19/1975 establecía que el Gobierno aprobaría por Decreto un texto refundido de la Ley del Suelo. Se dictó el Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril que aprobó ese texto. En el "Boletín Oficial del Estado" no apareció hasta el 16 de junio.

El texto establecía la obligación del Gobierno de dictar un Reglamento general o especial que estimara oportunos. Así se dictaron el Reglamento de Planeamiento (Real Decreto 2159/1978 de 23 de junio), el Reglamento de Disciplina Urbanística (Real Decreto 2187/1978 de 23 de junio) y el Reglamento de Gestión Urbanística (Real Decreto 3288/1978 de 25 de agosto).

Todos ellos Reglamentos extensos en articulado. No citamos otras normas complementarias vigentes. La Constitución española de 1978, mediante el reconocimiento de la existencia y competencia de las Comunidades Autónomas y su potestad legislativa da paso a la legislación urbanística promulgada por aquellas. También se producen la promulgación de leyes aplicables a todo el territorio español en materias no urbanísticas, mas sí conexas (Ley de Costas, Impacto ambiental...); en este contexto se produce la promulgación de la Ley 8/1990 de 25 de julio sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo ² en el plazo de un año --como no ha sido-- quedaría integrada en un Texto Refundido.

La Ley 8/90 consta de 101 artículos y posee seis títulos (régimen urbanístico de la propiedad del suelo, valoraciones, expropiaciones, supuestos indemnizatorios, derechos de tanteo y retracto, patrimonio municipal del suelo). Esta ley tiene como aspectos más relevantes: ³

- La configuración del contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria como "facultades urbanísticas" atribuidas por la ley y no inherentes al derecho de propiedad.*
- Facultades que se adquieren gradualmente en función del cumplimiento del propietario de sus cargas urbanísticas, deberes legales y limitaciones.*
- Establece un "aprovechamiento tipo" apropiable por el propietario del suelo que se fija como máximo en el 85 por 100 del "área de reparto" en que el terreno se incluye.*

² MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la ley...". p 28.

³ Como señala MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la ley...". p. 23.

- *Establece un nuevo régimen de valoraciones del suelo.*

- *Nueva regulación de las transmisiones onerosas de terrenos y viviendas entre particulares en áreas delimitadas al efecto, así como derechos de tanteo y retracto a favor de los Ayuntamientos...*

Es un texto bueno en teoría y cuidado en su técnica. Es asequible y novedoso para su aplicación ⁴.

Así llegamos al Texto Refundido actual de 26 de junio de 1992, texto que se compone de 310 artículos. Adopta la forma de la nueva legislación europea.

Con un epígrafe introductorio de cada artículo que justifica su finalidad. Así:

Artículo 1. Objeto de la Ley. "La presente Ley tiene por objeto establecer el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y regular la actividad administrativa en materia de urbanismo con el carácter pleno, básico o supletorio que, para cada artículo, se determina expresamente".

Su Exposición de motivos indica que el plazo de un año desde la publicación de la Ley 8/90 de 25 de julio era insuficiente para el legislador.

El artículo 2º obedece al título de "Finalidades y atribuciones de la acción urbanística" entre ellas: a) procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función

⁴ MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la ley...". p. 68.

social de la propiedad, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas de la misma.

La dirección y control de la actividad urbanística (artículo 4º) corresponde, en todo caso, a la Administración urbanística competente, aunque en esa gestión del planeamiento urbanístico los Administradores competentes deberán asegurar la participación de los interesados. Lleva en todo su espíritu la ley la participación en la plusvalía de toda la comunidad. Admite la clasificación del texto de 1976 del suelo.

Regula el régimen del suelo no urbanizable de una manera novedosa, artículos 15 y 16.

Esta ley enumera las facultades urbanísticas (artículo 23) entre ellas:

- a) A urbanizar.*
- b) Al aprovechamiento urbanístico (concepto que se verá).*
- c) A edificar.*
- d) A la edificación.*

Establece nuevas reglas para la valoración de terrenos en su título II. Así como un nuevo tratamiento pormenorizado de las clases de planes, procedimiento de aprobación, sistema de ejecución de los planes etc...

La legislación urbanística estatal a partir de la ley 8/90 contiene unos artículos que tienen el carácter de legislación básica; otros son de aplicación plena y los restantes son de aplicación supletoria en defecto de regulación específica de las Comunidades Autónomas. Todo ello lo especifica la disposición final única.

Su contenido irá siendo visto a lo largo de la exposición.

a) Referencia a la legislación autonómica.

Entre las leyes publicadas destacan:

Aragón:

Ley 6/1985 de 22 de noviembre que crea el Instituto del Suelo y la Vivienda de Aragón ⁵.

Asturias:

Ley 1/1987 de 30 de marzo, de coordinación y ordenación territorial ⁶.

Ley 6/1990 de 20 de diciembre ⁷ regula la edificación y usos en el medio rural.

Baleares:

Ley 8/1987 de 1 de abril, de ordenación territorial ⁸.

⁵ BOE núm. 303 de 19 de diciembre de 1985.

⁶ BOE núm. 110 de 8 de mayo de 1982.

⁷ BOE núm. 32, de 6 de febrero de 1991.

⁸ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1987.

Ley 6/1988 de 25 de mayo ⁹ de regulación urbanística.

Ley 10/1989 de 2 de noviembre que regula la institución del planeamiento urbanístico ¹⁰.

Ley 2/1992 de 6 de mayo sobre la disciplina urbanística ¹¹.

Canarias:

Ley 3/1985 de 29 de julio de medidas urgentes en urbanismo ¹².

Ley 1/1987 de 13 de marzo reguladora de los planes de ordenación ¹³.

Ley 5/1987 de 7 de abril sobre la ordenación urbanística del suelo rústico ¹⁴.

⁹ BOE núm. 178, de 26 de julio de 1988.

¹⁰ BOE núm. 239, de 5 de octubre.

¹¹ BOE núm. 149, de 22 de junio.

¹² BOE núm. 94, de 5 de agosto de 1985.

¹³ BOE núm. 82, de 6 de abril de 1987.

¹⁴ BOE núm. 110, de 8 de mayo de 1987.

Ley 7/1990 de 14 de mayo de disciplina urbanística y territorial ¹⁵.

Cantabria:

Ley 7/1990 de 30 de marzo ¹⁶.

Cataluña:

Ley 4/1980 de 16 de diciembre ¹⁷.

Ley 9/1981 de 18 de noviembre ¹⁸.

Ley 11/1982 de 8 de octubre ¹⁹.

Ley 3/1984 de 9 de enero ²⁰.

¹⁵ BOE núm. 144, de 16 de junio.

¹⁶ BOE núm. 17, de 19 de enero de 1991.

¹⁷ BOE núm. 135, de 5 de junio de 1981.

¹⁸ BOE núm. 305, de 22 de diciembre de 1981.

¹⁹ BOE núm. 264, de 3 de noviembre de 1982.

²⁰ BOE núm. 31, de 6 de febrero de 1984.

Ley 2/1984 de 9 de enero ²¹.

Ley 7/1987 de 4 de abril ²².

Decreto que aprueba el texto refundido legislativo de 1/1990 de 12 de julio.

Galicia:

Ley 11/1985 de 22 de agosto ²³.

Madrid:

Ley 4/1984 de 10 de febrero ²⁴.

Ley 10/1984 de 30 de mayo ²⁵.

²¹ BOE núm. 31, de 6 de febrero de 1984.

²² BOE núm. 100, de 27 de abril de 1987.

²³ BOE núm. 257, de 26 de octubre de 1985.

²⁴ BOE núm. 83, de 6 de abril de 1984.

²⁵ BOE núm. 191, de 10 de agosto de 1984.

Ley 9/1985 de 4 de diciembre ²⁶.

Proyectos de Plan General.

Murcia:

Ley 12/1986 de 20 de diciembre ²⁷.

Navarra:

Ley 12/1986 de 11 de noviembre ²⁸.

Ley 5/1992 de 14 de abril ²⁹.

Ley 4/1988 de 11 de julio ³⁰.

²⁶ BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1986.

²⁷ BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1987.

²⁸ BOE núm. 12, de 14 de enero de 1987.

²⁹ BOE núm. 145, de 17 de junio.

³⁰ BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1988.

Ley 8/1990 de 13 de noviembre ³¹.

Ley 7/1989 de 8 de junio ³².

País Vasco:

Ley 9/1989 de 17 de noviembre.

Ley 4/1990 de 31 de mayo.

Valencia:

Ley 5/1986 de 19 de noviembre ³³.

Ley 12/1986 de 31 de diciembre ³⁴.

Todas ellas hacen referencia a la política urbanística y ordinatoria del territorio difiriendo en poco la terminología entre ellas (algunas exactamente iguales).

³¹ BOE núm. 68, de 20 de marzo de 1991.

³² Modificada por Ley 8/1990 de 13 de noviembre.

³³ BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 1986.

³⁴ BOE núm. 38, de 13 de febrero de 1987.

b) Principios de la Ley 8/90 de 25 de julio

El Preámbulo de la ley, contiene una amplia Exposición de Motivos, que expresa las razones que han originado la aparición del nuevo texto legal. Combinando las ideas expuestas en él, con el articulado de la norma, pueden deducirse los principios a los que obedece la ley. Esta abstracción de los mismos es necesaria en el Derecho urbanístico, donde todas las piezas forman un esquema unitario, del cual precisa conocer las bases en las que se fundamenta, ya que determinados artículos del texto normativo, no cobran su verdadero sentido sin conocerlos. También hay que tener en cuenta la situación preexistente a la aparición de la ley 8/90³⁵. La ley 19/75 de 2 de mayo y su texto Refundido de 1976 se promulgaron con anterioridad a la Constitución y por eso no pudo contemplar la existencia de Comunidades Autónomas, sino que se dictó para ser aplicada por un Estado centralizado. Por otra parte tenía defectos de tipo administrativo, como la concepción cerrada del planeamiento y determinadas lagunas como la falta de regulación de las urbanizaciones particulares. Estas circunstancias políticas y técnico jurídicas, unidas al cambio de las condiciones económicas, especialmente el aumento de la especulación del suelo, han sido los factores determinantes de la publicación de la nueva ley. Tan consciente es el legislador de la importancia del cambio legislativo, que el propio articulado define el objeto y las finalidades de la ley. Esto no es frecuente encontrarlo en otras leyes de las vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Según el artículo 1 la ley tiene por objeto el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y la actividad administrativa en materia de urbanismo. Estos son los dos aspectos o matices regulados por la ley: Propiedad privada y actuación sobre ella de los poderes públicos. Para ello, la misma ley señala las finalidades a las que obedece la acción urbanística: utilización del suelo en congruencia con la función social de la propiedad, asegurar la equidistribución de beneficios y cargas de los propietarios afectados por la

³⁵ MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la ley...". p.

planificación y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos ³⁶. Estas finalidades son los grandes principios informadores de la ley del suelo. No obstante pueden de alguna manera pormenorizarse las líneas maestras de la ley 8/90, haciendo un extracto del recorrido de su articulado.

1. Régimen urbanístico de la propiedad del suelo.

Se parte del reconocimiento a toda propiedad inmueble de un valor inherente a ella, que refleje su rendimiento extraurbanístico, sin considerar las plusvalías derivadas del planeamiento.

La propiedad, nunca puede tener un valor cero, porque en ese caso se desconocería su contenido esencial. Ha de tener algún valor. Este valor al que se llama valor inicial o rústico, se ve aumentado por la acción urbanizadora en función de la utilización del suelo conforme al planeamiento y a la clasificación del suelo establecida en él: suelo urbano, urbanizable o no urbanizable.

A su vez esta clasificación del suelo determina la vinculación o el destino del mismo, y todo el régimen de limitaciones que se aplican al terreno ³⁷. Pero el planeamiento confiere solo una aptitud inicial para la edificación. El derecho consolidado se alcanza tras cubrir unas determinadas fases y se diferencian las facultades del dominio, que no se adquieren de una vez,

³⁶ LASO MARTINEZ, J.L. "Derecho urbanístico". Madrid: Montecorvo, 1982, Tomo II, Capítulo X que trata de esa positivización de reversión de las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos.

³⁷ ROMERO SAURA, F. "La calificación urbanística del suelo". Madrid: Montecorvo, 1975. p. 60-70.

sino gradualmente. Es decir que al patrimonio del propietario se van incorporando las diversas facultades del contenido urbanístico del Derecho de la Propiedad. Se distingue entre facultades, que la ley califica como derechos, que se atribuyen al propietario según haya cumplido los deberes urbanísticos. Estos derechos son: a urbanizar, (dotar de servicios a un terreno), el aprovechamiento urbanístico, (utilización del suelo), a edificar (materialización del aprovechamiento) y a la edificación (a poner el valor de lo edificado). Frente al incumplimiento de las obligaciones del propietario la respuesta es la expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad: la valoración expropiatoria depende de dos elementos: la cantidad de facultades urbanísticas adquiridas por el propietario según el planeamiento y el cuadro de valoraciones fijado en la ley, que responde a la consolidación gradual de las facultades urbanísticas.

El contenido del Derecho de aprovechamiento urbanístico se determina por el aprovechamiento tipo ³⁸. Por medio de la técnica del aprovechamiento tipo se pretende evitar las desigualdades en la asignación por el planeamiento de determinadas facultades urbanísticas. Se define un aprovechamiento que corresponde por igual a todos los propietarios; es un patrón o valor abstracto, que luego puede permitir la redistribución de beneficios y cargas de los afectados e incluso su transferencia independiente.

2. Intervención en la regulación del mercado del suelo.

La ley pretende que la Administración pueda controlar el mercado inmobiliario para evitar la especulación. Para ello le concede nuevas atribuciones como los derechos de adquisición

³⁸ MARTIN BLANCO, J. "Estudio sobre la ley...". p.

preferente (tanteo y retracto en las areas que se delimiten), que suponen una intromisión de la Administración urbanística en las relaciones entre particulares.

Estos derechos de adquisición preferente por el Estado presentan un doble aspecto: su cobertura jurídica y su realización material. Para que el Estado pueda intervenir en las relaciones entre particulares, es decir en el tráfico o mercado de bienes inmuebles se necesita una norma que le habilite para ello, pues en otro caso carecería de facultades para ingerirse en las relaciones de Derecho Privado. Pese a que esta técnica se utilizaba en el Derecho Comparado, la ley de 1975 no la recogía y esta laguna ha sido suplida en el texto actualmente vigente³⁹. Los derechos de adquisición urbanística preferente suponen una intervención nueva sobre el Derecho de Propiedad. Significan la subrogación del beneficiario en lugar del primer adquirente y de ahí que sin una habilitación legal no pueden hacerse efectivos, porque la materia interprivatos escapa a las normales facultades de la Administración. La propia ley reconoce que su virtualidad depende, no solo de esta cobertura legal sino de los recursos presupuestarios.

3. Aplicación discriminada de la ley.

La situación de los municipios españoles es muy variada. En unos existe una fuerte demanda inmobiliaria y en otros no hay crecimiento de la población y por lo tanto su mercado es muy pequeño. La ley justifica en su Exposición de Motivos que no es oportuno aplicarla íntegramente a este segundo grupo de municipios. Se aplica íntegramente a los grandes municipios y puede ser aplicable a otros según lo precise la Administración. Hay por lo tanto varias reglas sobre la aplicación de la ley:

³⁹ PERALES MADUEÑO, F. La ejecución del planeamiento en "Tratado de Derecho municipal". p. 1879-1901.

- a) *Con carácter general se aplica a todos los municipios de población superior a 25.000 habitantes y a los delimitados por las Comunidades Autónomas.*
- b) *Se aplica específicamente a todos los demás municipios de forma gradual: son de aplicación obligada las disposiciones sobre adquisición gradual de facultades, expropiaciones y derechos de adquisición preferente. En el resto continúa rigiendo la legislación urbanística anterior.*

4. Unificación normativa.

La disposición final segunda de la ley 8/90 de 25 de julio autorizaba al Gobierno para que aprobara un Texto Refundido sobre suelo y ordenación urbana en el plazo de un año. Las dificultades de la tarea refundidora, derivadas de las profundas diferencias entre las leyes de 1976 y la actual y las innovaciones que en materia urbanística ha introducido la Constitución, al atribuir competencias a las Comunidades Autónomas, impidieron que se cumpliera el plazo de un año para la refundición. Por ello la ley 3/91 de 30 de diciembre, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para 1992, rehabilitó la autorización. De acuerdo con ella se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992.

5. Reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Como la materia urbanística está atribuida constitucionalmente (artículos 148 y 149), al Estado y a las Comunidades Autónomas, la ley actual ha tenido que respetar ambas competencias. Por ello, para coordinar el ámbito de la ley, con la existencia de normas urbanísticas autonómicas hay que distinguir entre materias aplicables con el carácter de legislación básica y las que no tienen ese carácter. Tienen la condición de legislación básica y por lo tanto siguen en todo el Estado las que se refieren a las condiciones básicas de derechos y deberes de los propietarios

del suelo afectado por el proceso de urbanización y edificación, de modo que se asegure la igualdad de todos los españoles. También tienen carácter básico la delimitación de la función social de la propiedad y la determinación del contenido económico del derecho a efectos expropiatorios, sin perjuicio de lo que puedan establecer las Comunidades Autónomas en la esfera de sus competencias ⁴⁰. Se persigue con ello una unificación de los criterios urbanística que no dependan así de un cambio de gobierno, algo nada deseable para una política ordinatoria para el futuro.

⁴⁰ PAREJO ALFONSO, L. La disciplina urbanística en "Tratado de Derecho municipal". p. 1990 para justificar la protección administrativa en cuanto a la legalidad urbanística.

6.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO URBANISTICO Y SUS CONSECUENCIAS

6.1.- La Planificación: Concepto.

Habría que detenerse antes en el concepto de planificación. El término es debido a un galicismo que tiene que ser admitido después que se creara un ministerio de Planificación del Desarrollo por la ley 15/1973 de 11 de junio. Es un término de relativa modernidad, pues en 1916 el autor FAYOL es el que caracteriza a la planificación como elemento esencial de la función administrativa en su obra "Administration industriel el générale". Se ha visto por los acontecimientos que se han ido sucediendo que ese término, más o menos utilizado cuantitativamente, sigue manteniéndose¹. Sigue estando en el centro del debate ideológico respecto a su contenido y existencia². Hoy realmente, el debate ideológico no posee esa significación política, obedeciendo más a un principio de eficacia administrativa en época de crisis económica. Se ha demostrado que es absolutamente compatible con la economía de mercado de nuestra Constitución³. Realmente, el concepto de planificación se centra hoy en un plano económico, de desarrollo... etc.

¹ MUÑOZ AMATO, I. "Introducción a la ciencia de la Administración pública". México: "Fondo de cultura económica". Volumen I, 1954. p. 101.

² GARRIDO FALLA, F. "Problemática jurídica de los planes de desarrollo económico" en discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid: 1974. p. 19.

³ GARRIDO FALLA, F. "Problemática jurídica...". p. 22.

Hoy ya planificación significa la "definición de objetivos, la ordenación de los recursos materiales y humanos. La determinación de los métodos y las formas de organización, el establecimiento de medidas de tiempo, cantidad y calidad, la localización especial de las actividades y otras especificaciones necesarias para encuadrar racionalmente la conducta de una persona o un grupo" ⁴. En esa planificación se encuadra el planeamiento urbanístico que cuenta con elementos propios de las normas y actos administrativos ⁵.

El Planeamiento urbanístico es la figura central de este Ordenamiento; la dificultad de catalogación de lo que es un Plan ha determinado que se imponga el reconocimiento de que en ellos existen elementos propios de las normas y de los actos administrativos ⁶. Fue la ley de 12 de mayo de 1956 la que configuró al Plan como la base de la ordenación urbana. Solo a través de los planes es posible la conversión del suelo rústico en suelo urbano. Es el plan el que asigna a cada zona del suelo su destino urbanístico, su disposición sobre la ordenación urbana la utilización del suelo deberá producirse en la forma y con las limitaciones que establezca la legislación de ordenación territorial y urbanística y por remisión de ella, el planeamiento ⁷. Hasta tal punto es importante esta figura que se pregunta parte de la doctrina si se puede hablar

⁴ GARRIDO FALLA, F. "Problemática jurídica...". p. 95.

⁵ MUÑOZ AMATO, I. "Introducción a la...". p. 19.

⁶ GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a la Ley del Suelo". Madrid: Cívitas 1993, p. 436.

⁷ GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a...". p. 427.

de acto generador de la propiedad urbanística ⁸. El Plan buscará la primacía de la salvaguardia del interés general. También pretenderá la satisfacción de las necesidades sociales y situará a la propiedad en un plano subordinado, funcional, para el cumplimiento de los deberes impuestos por aquél.

La planificación puede afectar al concepto de propiedad. El plan obliga a utilizar la misma de la forma que determina. La formulación es que las facultades de derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites, cumplimiento de deberes, por los planes de ordenación con arreglo a la clasificación urbanística de los terrenos.

El Derecho Urbanístico utiliza una técnica articulada en dos fases: la primera consistente en fijar las líneas maestras del sistema; la segunda en remitir a los Planes la concreción espacial de las mismas ⁹.

La Ley del Suelo quiere (el Texto Refundido de 1992) que todo el territorio tenga o esté sometido a planeamiento o a sus instrumentos supletorios, que vienen a ser lo mismo: un plan.

Esta técnica de la particularización supone, obviamente, una transformación sustancial del derecho de la propiedad pues genera indefectiblemente situaciones de desigualdad entre terrenos afectados que difícilmente pueden ser comparados con los derivados de las habituales normas

⁸ LLISSET BORRELL, F. "Nuevo Régimen Urbanístico". Madrid: El Consultor, 1990, p. 52.

⁹ LOBATO GOMEZ, J.M. "Propiedad privada del suelo y derecho a edificar". Madrid: Montecorvo, 1989. p. 982.

generales y abstractas, cuestión ésta que constituye el reto fundamental de la teoría jurídica del Plan ¹⁰.

El Plan concreta, al definir el contenido de los derechos de la propiedad privada sobre el suelo afectado, todos los límites, limitaciones y cargas de la misma.

Si no tuvieran naturaleza de carácter normativo no lograrían (los planes) conseguir el propósito fundamental que la ley les asigna: incidir sobre la realidad física y lograr realizar la ordenación urbana del territorio ¹¹. Para ello también prevee su propio sistema coactivo. A través del planeamiento, la Ley del Suelo configura el ordenamiento urbanístico como el resultado de un proceso de concreción sucesiva de normas.

La planificación es el resultado de todo el movimiento social, político y económico surgido principalmente en el siglo XIX en virtud del cual se justifica la intervención creciente del Estado que va haciéndose cargo al desaparecer el antiguo régimen, de funciones hasta entonces consideradas extrañas a él ¹².

Por ello en la conexión de la planificación con el urbanismo hay que distinguir lo que es más aparente y la realidad a que obedece.

¹⁰ LOBATO, J.M. "Propiedad privada del...". p. 483.

¹¹ LOBATO GOMEZ, J. "Propiedad privada del...". p. 485.

¹² LASO, J. "Derecho Urbanístico". Madrid: Montecorvo, 1981, Tomo III. p. 44.

Se puede entender que el planeamiento urbanístico es una de las consecuencias del proceso general de la planificación aunque será, sin duda, el que llegue a alcanzar mayor perfección formal.

La doctrina incluye el planeamiento entre las formas de acción administrativa, o más bien, que de todas ellas participa (actividad de policía, de fomento y de servicio público).

El Plan es, por tanto, un acto del poder público que ordena el territorio que establece una serie de previsiones sobre el emplazamiento de los centros de producción y de residencia; para ello regula la ordenación y utilización del suelo urbano para su destino público y privado ¹³.

a) NATURALEZA: BREVE REFERENCIA

En el Derecho extranjero la ley federal alemana de 1960 establece que la aprobación municipal de los planes urbanísticos vinculantes ha de hacerse con el carácter de ordenanza y la ley belga de 1962 les atribuye carácter reglamentario. Nuestro Ordenamiento no especifica la naturaleza del plan.

La doctrina española disiente y el problema no es pacífico.

Sea un acto administrativo singular, sea un acto general no normativo o un acto administrativo de destino general o sea norma reglamentaria ¹⁴ lo cierto es que interesa al contenido del

¹³ CARCELLER, A. "Instituciones de...". p. 133.

¹⁴ CARCELLER, A. "Instituciones de...". p. 135 donde cita a la doctrina española entre ellos García-Trevijano, González-Berenguer, González Pérez...

derecho de la propiedad de forma fundamental, porque limita las facultades que lo integran o las conduce de un modo inequívoco.

Que el Plan contiene normas, que en el mismo existen reglamentaciones, ordenación, es algo incuestionable ¹⁵. Si el plan es ordenación, es regulación y reglamentación; si obliga tanto a particulares como a la Administración pública al dictar sus actos, nada tiene de extraño que para un sector importante de la doctrina no haya ofrecido duda la calificación de los planes como normas reglamentarias. Esta concepción del planeamiento como norma es la que parece dominar en la jurisprudencia. Así una sentencia de 22 de mayo de 1974 cuando acepta un considerando de la apelada en que se dice: "Al entrar en el debatido tema de la naturaleza (normativa o no) de los planes, es en todo caso evidente que hay en su contenido al menos una parte que tiene aquel carácter, porque integrándose en el Ordenamiento, su virtualidad obligatoria no se agota, sino que afirma con la aplicación", normatividad que precisamente se subrayaba por la prescripción inicial del artículo 46.1, L.S. (...) y otra de 9 de noviembre de 1974 que dice "el acto de aprobación definitiva confiere al plan carácter normativo".

Mas recientemente, la sentencia de 9 de diciembre de 1991 y la sentencia de 17 de octubre de 1988 ha puesto de relieve reiteradamente la naturaleza normativa (reglamentaria) de los planes de ordenación urbana, y como consecuencia ha señalado la viabilidad de su impugnación indirecta al producirse los actos de aplicación de aquéllos.

Pese a ello, el plan será o tendrá naturaleza normativa tamizada pues dice el TS que "el planeamiento engloba la actuación de dos potestades distintas, una de auténtica naturaleza

¹⁵ Como hacía GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a la ley del...". Ed. 1976 citando a López Nuñez, Díez-Picazo, Martín Retortillo, García de Enterría, Martín Blanco...

reglamentaria (por la que se inclina el TS) y otra que se traduce en la ejecución de obras públicas de urbanización dirigida a la transformación material de la realidad, sin la cual el plan sería un dibujo muerto".

En la misma línea las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero, 22 de enero y 14 de marzo de 1988.

La Jurisprudencia acude a un rango jerárquico, a la categoría reglamentaria. Reconoce, desde luego, todas las características específicas de un plan urbanístico, pero le aplica el régimen de impugnación jurisdiccional, legitimación y procedimiento que le aplicaría a una norma de carácter reglamentario.

b) CARACTERES DEL PLAN URBANISTICO

Dejando aparte el tema de su propia naturaleza jurídica el plan urbanístico, como figura central de este Derecho, está formado por unas características comunes. Toda la doctrina está de acuerdo en que el gran poder que posee el planeamiento que califica al suelo de una u otra forma (urbanizable o no) y que potencia su valor en mayor o menor medida.

Repárese desde el principio en que la aprobación de un plan urbanístico (da igual su jerarquía) conlleva la puesta en funcionamiento de un equipo técnico de especialistas y de una administración sin decir todavía de lo que se trate.

Se extrae de la Jurisprudencia y de los propios textos legales del Derecho de la Propiedad urbana unos caracteres que incidirán en la difícil conceptualización del plan sobre la propiedad. Entre ellos:

a) INSTRUMENTO CENTRAL DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD URBANA

Es concebido el plan por la Ley del Suelo como el instrumento vertebrador de la ordenación del territorio; el plan de urbanismo arrastra tras de sí las posiciones ideológicas y las imprecisiones técnicas que caracterizan la misma idea de planificación ¹⁶.

Es el elemento central de nuestro Derecho Urbanístico. Los cometidos que evidencian esta afirmación los proclama nuestro texto refundido de 26 de junio de 1992 en el artículo 3.2 (le atribuye) "emplazar los centros de producción y residencia del modo conveniente para la mejor distribución de la población", o la de "orientar la composición arquitectónica de las edificaciones y regular, en los casos en que fuera necesario, sus características estéticas", o clasificar el suelo (urbano, urbanizable apto para urbanización, el no urbanizable) regular el volumen, forma, número de plantas, ubicación de parques y jardines públicos ¹⁷.

b) INSTRUMENTO INNOVATIVO

Se derivan de su naturaleza que es un instrumento normativo que innova al ordenamiento jurídico.

¹⁶ BOIX REIG, V. "Urbanismo y Derecho". p. 98.

¹⁷ DELGADO BARRIO, J. "El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico". Madrid: Civitas 1993. p. 19.

c) PUBLICIDAD ESPECIAL

El plan tiene una serie de caracteres definitorios. La publicidad es algo que rodea su aparición.

d) INSTRUMENTO EJECUTIVO

Es un instrumento ejecutivo que conlleva una realización y una sanción ante su no cumplimiento.

e) INSTRUMENTO DESCRIPTIVO Y DETALLADO

Todos estos cometidos no podrían ser cumplidos por una legislación general y abstracta, absolutamente inadecuada para trazar el destino urbanístico de millones de parcelación de terreno. Este es otro fundamento del planeamiento. Tiene que ser el plan minucioso y descriptivo en la realización que se pretende.

f) SOMETIDO AL PRINCIPIO DE JERARQUIA

Otro de los caracteres del planeamiento urbanístico es su sometimiento al principio de jerarquía. Se ha formado un sistema piramidal en el planeamiento urbanístico de forma que los Planes generales se deben desarrollar en Planes especiales y en Planes parciales, es el llamado planeamiento "en cadena" ¹⁸.

¹⁸ BOIX, V. "Urbanismo y...". p. 98.

g) *SOMETIDO AL BIEN DE LA COMUNIDAD*

Otro de los caracteres que constituyen el planeamiento es el beneficio comunitario en el esfuerzo planificador. Se entiende que la producción urbana sólo adquiere rentabilidad desde el dinamismo de la base comunitaria a la que va a implantar, los estándares obligatorios y el aprovechamiento medio orientan parte del beneficio urbanizador hacia el disfrute por la generalidad. Ello condiciona la existencia de dos tipos de planes. Por una parte los planes territoriales y por otra los planes propiamente urbanísticos ¹⁹.

h) *PRETENDE LA IGUALDAD*

Pero la igualdad, la igualdad ante la ley, ante las cargas públicas, constituye uno de los principios generales del ordenamiento. En materia de urbanismo trata de hacerse realidad a través de diversas instituciones y normas, como la reparcelación y la nulidad de reservas de dispensación que establece el artículo 134 del Texto de 1992. Sin embargo, la desigualdad es la regla ²⁰.

El planeamiento es un instrumento que puede implantar la desigualdad en el régimen del suelo, desde la preparación del Plan hasta su efectividad plena, una vez definitivamente aprobado.

¹⁹ XVII Temas de Derecho Urbanístico: "El curso de Oviedo". Oviedo: 1980. p. 150.

²⁰ GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a la ley...". p. 1028.

El legislador quiere (artículo 102 del Texto Refundido de 1992) evitar parcelaciones o edificaciones en contra de las previsiones de un Plan en elaboración. De ello se tratará en su elaboración.

La Administración pública, además, es un sujeto obligado al cumplimiento de los Planes. La sentencia de 19 de enero de 1973 es la primera sujeta al cumplimiento del Ordenamiento respetando el orden jurídico por ella establecido ²¹.

Como al particular el plan le afecta cuando entra en vigor.

i) EFICACIA ESPECIAL

Otra característica del planeamiento urbanístico, es que no tiene otra eficacia que la ordenación urbana ²². No puede extender sus efectos más allá del concreto campo del urbanismo. Así cada Plan de Urbanismo no puede tener otros efectos que los propios de la clase de Plan. Entrañan los planes un deber jurídico general: la obligatoriedad de los planes de urbanismo.

Como cualquier otra norma (como dice el artículo 6.1 del Código Civil) la ignorancia de la existencia de un plan no excusa de su cumplimiento.

El plan es de tal naturaleza normativa que en caso de incumplimiento del mismo, reacciona el Ordenamiento privando de eficacia a los actos contrarios a la ordenación y sancionando la conducta de los autores responsables.

²¹ GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a la ley...". p. 1030.

²² GONZALEZ PEREZ, J "Comentarios a la ley...". p. 1037.

j) ACTO REGLAMENTARIO REVOCABLE

El plan es un acto normativo administrativo, un reglamento. Por tanto, forma parte del ordenamiento jurídico. Es el plan revocable "ad nutum" mediante su derogación, modificación o sustitución. El plan cuando resulta ser ilegal, se anula, al igual que la ilegalidad de un reglamento implica su nulidad de pleno derecho ²³.

k) DE EFICACIA GENERAL

Un plan es un instrumento normativo con una vigencia temporal. No se puede hablar como la ley de 1956 de la "vigencia indefinida" de un Plan ²⁴ (en su artículo 36). Es una contradicción que desfigura el carácter temporal de un plan y su vigencia.

l) INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR EN SU FORMACION

En su formación (en la del Plan) intervienen los particulares, lo que no sucede, de forma general en la elaboración parlamentaria de la norma por excelencia que es la ley.

²³ ARCE MONZON, L. Planes especiales en "XXVII Temas de Derecho Urbanístico". (El curso de Oviedo). Oviedo: Facultad de Oviedo, 1980. p. 189.

²⁴ NUÑEZ RUIZ, M.A. "Tratado de Derecho Urbanístico". Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1974. p. 104.

m) RELEVANCIA JURIDICA

El plan posee una relevancia jurídica enorme. Si la planificación representa la máxima participación del Estado en la vida económica, hay que señalar que no solamente supone una serie de limitaciones para la iniciativa privada, sino que sujeta a ésta a unos cauces de actuación. La planificación tiene como finalidad a cabo una transformación de la realidad material o económica sobre la que actúa, lo más característico del Plan, dice MAZZAROLLI es que crea una serie de obligaciones y sujeciones que generalmente puede reconducirse a relaciones de "supremacía especial" y que concede a los particulares el ejercicio de la actividad urbanística a título privado. Es decir el plan podría establecer una expropiación pero no lo hace, aunque modifica el contenido de derechos privados y para que sea más justa la distribución de las cargas que impone el propietario puede pedir la reparcelación, por ejemplo²⁵.

Sólo el planeamiento tiene la virtud de transformar a través de un Plan General en el marco de una visión global del territorio municipal el suelo y sus posibilidades. Es el valor llamado "taumatúrgico" del plan ²⁶. Puede generar desigualdad y es lo que plantea serias dudas acerca de la constitucionalidad del sistema urbanístico español, pues el principio de igualdad en su aspecto formal y material queda en entredicho.

En un sentido amplio, intervención es el conjunto de normas y actos administrativos que limitan la propiedad privada para asegurar la consecución de un fin de interés público definido por las

²⁵ MAZZAROLLI: " I piani recploratori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione". Padora: 1966.

²⁶ LOBATO GOMEZ, J. "Propiedad privada del suelo y derecho a edificar". Madrid: Montecorvo, 1984, Tomo III. p. 453.

leyes. Se puede hablar de un sentido estricto y la intervención sería el conjunto de actos administrativos que aplican las limitaciones establecidas por las normas (leyes, reglamentos y planes) a una situación jurídica individualizada a los casos concretos. Actos que se han clasificado por la doctrina en autorizaciones y órdenes. La autorización define una limitación y permite el ejercicio de un derecho; las órdenes por el contrario, crean obligaciones y constriñen el libre ejercicio del derecho o lo impiden absolutamente. El fundamento de los mismos es el derecho de policía administrativa, la defensa del orden urbanístico.

La diferencia entre actos administrativos negociables y no negociables ha de tenerse presente. Los actos discrecionales de la Administración son negociables, porque la fuente de sus efectos es la voluntad de un ente público, que es constitutiva y la única causa creadora de la relación es la Administración. Los actos administrativos no-negociables son, por el contrario aquellos en que los efectos jurídicos no se producen por la voluntad de la Administración, sino por la ley. La Administración se limita a reconocer una realidad exterior, actos que son declarativos, al estar prevista la situación por la norma, que la Administración aplica a un caso determinado, son actos reglados.

Las autorizaciones discrecionales que engendran una relación duradera entre la Administración y el autorizado (vg. la autorización demanial), las concesiones (actos creadores de derechos a la explotación de un servicio público), las órdenes (que constituyen obligaciones). También lo son las revocaciones, que hacen desaparecer un acto administrativo y lo sustituyen por otro que establece una nueva situación, y los actos sancionadores que imponen consecuencias punitivas como resultado de la infracción de una norma precedente.

Actos administrativos no-negociables: las autorizaciones negativas que se concitan a remover un obstáculo legal para el ejercicio de un derecho; los actos informativos; los actos registrales de inscripción, pues los derechos no derivan de los registros administrativos, sino de la realidad;

las certificaciones, la Administración de manera escrita y formal expresa un hecho, cuyos datos ella conoce previamente; los actos consultivos jurídicos (dictámenes) o técnicos (informes) y los actos resolutorios de la declaración o de resolución que significan la constatación o verificación de que se dan en un supuesto de hecho.

Todo ello aplicado a la ley del suelo resulta que la utilización de los terrenos afectados por los planes urbanísticos, ha de realizarse con arreglo a éstos y el administrado se halla sometido a un régimen de actos administrativos de intervención ²⁷.

²⁷ DE LOS MOZOS, J.L. "Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas" en Anuario de Derecho civil", Enero-Marzo, 1980, Tomo XXXIII. p. 3-29 donde analiza este autor la propiedad urbana y los modelos de incidencia de las actuaciones urbanísticas sobre la propiedad privada, así como la propiedad urbana como la típica "propiedad funcional" (p. 20).

c) CLASES DE PLANES URBANISTICOS

El Plan urbanístico que se ha ido examinando es el plan como instrumento para la ordenación urbana. Se trata de ver ahora que tipo de plan ordena un determinado territorio. El criterio clasificatorio de un plan sería su aplicación en el territorio, pero también el rango jerárquico o competencial de la autoridad administrativa que la aprueba. Estos criterios clasificatorios territorial de aplicación y competencial son los fundamentales. En realidad se hallan bastante ligados o proporcionalmente ligados. Pero es difícil en una institución compleja, norma y acto a la vez, el catalogarlos.

El artículo 6 de la Ley del Suelo en su redacción de 1975, 2 de mayo (Texto Refundido de 1976) designaba los siguientes planes urbanísticos:

- *El Plan Nacional de Ordenación.*
- *Los Planes Generales Municipales.*
- *Los Planes especiales.*
- *Programas de actuación urbanística.*
- *Estudio de detalle.*
- *Después, normas complementarias y subsidiarias del planeamiento.*

Esta clasificación no refleja la posición respectiva de cada uno de éstos por razón de su jerarquía, ámbito territorial, contenido y función ordenadora específica ¹.

¹ GARCIA DE ENTERRIA, E. y PAREJO ALFONSO, L. "Lecciones de...". p. 191.

Hay que especificar más. Las Normas complementarias y subsidiarias se excluyen de este intento, pues su integración en la ordenación urbanística es precaria y dependiente de su relación con los planes.

El territorio de aplicación es el criterio que toma GARCIA DE ENTERRIA, o más bien, por la naturaleza de la ordenación que establecen. Así: Planes de Ordenación integral del territorio (todos, salvo los planes especiales) y planes de ordenación sectorial del territorio ².

Planes de ámbito nacional o de ámbito supramunicipal (Planes directores territoriales de coordinación o Plan especial de ámbito no preestablecido).

Planes municipales y sus variantes (de Ordenación, Plan Parcial de Ordenación, Plan Especial).

Otro criterio es el de su ejecutividad, planes que no dependen de otro en el proceso de planificación total (los llamados originarios) Plan Nacional, Plan Director Territorial, Plan Especial de protección, Plan General Municipal de Ordenación.

Ninguna clasificación de los planes ofrece una caracterización global suficiente del sistema de planeamiento.

En nuestro actual sistema otras Administraciones pueden actuar en esta competencia: las Comunidades Autónomas. La Constitución ha optado por atribuir las competencias sobre ordenación del territorio a las Comunidades Autónomas (artículo 148, párrafo 1º 3º "ordenación del territorio urbanismo y vivienda"). Se complica todavía más la idea de

² GARCIA DE ENTERRIA, E y PAREJO ALFONSO, L. "Lecciones de...". p. 152

clasificación. Pues las competencias salvo en alguna Comunidad, son exclusivas tanto en el plano legislativo como en el ejecutivo. El carácter omnicomprendivo de los Planes Generales de ordenación y la necesaria adecuación a los mismos de los planes sectoriales suponía que un Plan (municipal) se impusiera a decisiones adoptadas por el Estado respecto de la ubicación de servicios de su competencia.

El Texto Refundido de 1992 sigue la dirección de los anteriores basados en el aspecto jerárquico de los planes, en la tutela estatal sobre la aprobación de los planes municipales (artículo 41 L.S.) e incluso como resorte último el artículo 180 permitía a los órganos estatales imponer incluso una malificación de los planes municipales vigentes para poder realizar obras o ubicar servicios del Estado, pero ello ya matizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 13 de mayo de 1986.

El Texto Refundido de 1976 extiende el planeamiento, a todo el ámbito del territorio nacional. No se ha entendido el urbanismo desde la perspectiva aislada del desarrollo y ordenación de cada ciudad, sino que se ha entendido que la urbanización es un fenómeno de mayor escala que requiere precisiones globalizadas, visiones de conjunto a gran escala.

Algo que queda matizado en el Texto Refundido de 1992 ³.

Según el Texto de 1992 los planes pueden ser:

- Plan Nacional de Ordenación (arts. 66, 67).*
- Plan Director Territorial de Coordinación (arts. 68, 69).*

³ MUÑOZ MACHADO, S. "Tratado de Derecho Municipal". Madrid: Cívitas, 1991, p. 1751.

- *Plan General (art. 70).*
- *Plan General Municipal de Ordenación.*
- *Otras normas subsidiarias.*

d) **EFFECTOS DEL PLAN SOBRE LA PROPIEDAD**

Nuestro Derecho Urbanístico se apoya, pues, en el dato esencial de que el suelo es de propiedad privada, al menos en su mayor parte ¹. El derecho de propiedad en el Código Civil es tributario de una concepción que se caracteriza por ser un derecho potencialmente absoluto en cuanto a las facultades de goce y disposición. El derecho de propiedad es un derecho abstracto cuyo contenido no difiere, como regla, cualquiera que sea el objeto sobre el que recaiga. Las consecuencias de ello serían que el propietario podría convertir el suelo rústico en urbano a su antojo ².

Es la Administración quien completa la función de dotar a la ciudad de espacios de uso colectivo y lo hace además con cargo a los fondos presupuestarios.

El plan lleva en sí, cualquiera que sea su clase, una necesaria eficacia, una actuación. El Plan, una vez publicado, se convierte en realidad ³. Su obligatoriedad se produce "erga omnes" (según el art. 57 de la L.S. de 1956) lo cual es ínsito para evitar discriminación.

El principio de igualdad ante la ley o ante la norma en la planificación puede quedar en mero "papel mojado". Un instrumento normativo o complejo que puede transformar una porción de tierra en algo susceptible de edificarse necesita un control en su discriminabilidad. El Plan exige

¹ MUÑOZ MACHADO, S. "Tratado de Derecho Municipal". p. 1728.

² MUÑOZ MACHADO, S. "Tratado de...". p. 1729.

³ SUSTAETA, A. "Propiedad y...". p. 224.

como punto de partida incuestionable, la clasificación del suelo en sus distintos tipos y categorías. La clasificación del suelo es fundamental a todo efecto y de modo particular al de determinar el régimen jurídico al que aquel ha de quedar afecto. La potestad de planeamiento está sujeta a los límites generales de la discrecionalidad que derivan de la necesaria existencia de algunos elementos reglados ⁴.

El fundamental artículo 76 proveniente en su fondo del texto de 1975 decía: "las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta ley, o en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación con arreglo a la clasificación urbanística de los precios".

La propiedad, ante el planeamiento, es una suma de posibilidades en lo fundamental enunciada por el legislador y a la vez un conjunto simultáneo de deberes... sólo existe tal propiedad por obra del plan. El suelo urbano es obra de la ley.

La potestad de planeamiento está sujeta a unos límites. En primer término, se establecen criterios materiales de ordenación dirigidos a la Administración, los llamados estándares urbanísticos, que necesariamente han de ser atendidos por el plan con el fin de asegurar un mínimo inderogable de calidad de vida, garantizando así zonas verdes, centros docentes, asistenciales...⁵.

Además contiene la actual Ley del Suelo de 1992 normas de directa aplicación que operan con o sin planeamiento.

⁴ DELGADO BARRIO, J. "El control de la...". p. 26.

⁵ DELGADO BARRIO, J. "El control de la...". p. 27.

La propia naturaleza del planeamiento (sts. de 18 de marzo de 1991, 6 junio 1992, etc...) impone necesariamente la posibilidad de su alteración. Ello da lugar a la figura polémica del "ius variandi". Es interesante decir que los derechos de los propietarios no deben impedir que se trace un modelo territorial pretendido: la ciudad es de todos, en el interés ⁶ de la comunidad y no el de unos pocos, los propietarios del suelo, el que ha de determinar su configuración.

La legislación del suelo (véanse arts. 86, 87, 89 de la Ley 8/90 de reforma del régimen urbanístico) contiene un principio general en cuanto al resarcimiento de la ordenación urbanística que consiste en que ésta no genera indemnización como regla general, principio que ya se encontraba en el art. 27 de la L.S. de 1976 ⁷.

Del artículo 87.2 L.S. se podía observar que para que la indemnización fuera pertinente dos requisitos eran necesarios para proceder a la indemnización: que la alteración del planeamiento se produzca antes de transcurrir los plazos para la ejecución del plan, o que la ejecución no se haya llevado a cabo por causas imputables a la Administración.

Se debe hacer notar que es absolutamente lógico que para que proceda una indemnización, los aprovechamientos susceptibles de adquisición derivados del nuevo planeamiento fueran inferiores a los resultantes del anterior, es decir, que exista un detrimento patrimonial.

La Ley 8/90 que derogó el actual Texto de 1992 trajo una innovación entre otras: la disociación del antes unitario "ius aedificandi" en cuatro facultades urbanísticas distintas: 1) el derecho a

⁶ DELGADO BARRIO, J. "El control de la...". p. 36.

⁷ BLASCO ESTEVE, A. Indemnización o revisión de los planes de urbanismo en "Derecho urbanístico local". Dirige M. Boquera Oliver. Madrid: Cívitas, 1992. p. 450 y ss.

urbanizar, 2) el derecho de aprovechamiento urbanístico, 3) el derecho a edificar y 4) el derecho a la edificación ya realizada ⁸. Pues bien, la alteración del planeamiento urbanístico mientras subsista alguno de estos derechos conlleva la indemnización del mismo, en caso de que no se pueda materializar. Así también la Ley 8/90 estableció las valoraciones preceptivas y tasadas en función de la clase de suelo de que se trate.

Las facultades urbanísticas de la propiedad del suelo son el resultado de dos componentes: un componente territorial: el plan clasifica al territorio, cuarteándolo en espacios o suelos urbanos, urbanizables y no urbanizables; y un componente funcional y el plan clasifica en diferentes usos y aprovechamientos a los espacios previamente clasificados.

La clasificación del suelo es la calidad primaria y fundamental para la ordenación del territorio, de lo que se deriva el uso y aprovechamiento específicos con los que se califican a las diferentes zonas y parcelas ⁹. Todo el proceso planificador tiene como último objetivo la edificación, esto es, crear solares.

Jamás puede obtenerse un equilibrio entre todos los propietarios de un término municipal, desde el momento en que el autor del Plan tenga la "discrecionalidad técnica" de atribuir diversos contenidos patrimoniales al suelo, a través de su clasificación. La acción clasificatoria produce una inicial o insuperable desigualdad, que no puede considerarse paliada por la distinta fiscalidad de cada tipo de suelo, que sería en último extremo la única acción posible para lograr una igualdad indirecta, que directamente el Plan no sólo no puede obtener, sino que la

⁸ BLASCO, A. "Indemnización por...". p. 454.

⁹ BOIX, V. "Urbanismo y...". p. 99.

consagra ¹⁰. Para ello se recurre a la complejidad técnica y se delimita el suelo en polígonos o unidades de actuación como requisito esencial en el proceso de justa distribución de los beneficios y cargas. El problema es importante en extremo: "el simple lápiz de un técnico, según criterios más o menos objetivos o caprichosos, habrá operado el milagro de empobrecer a unos administrados y de enriquecer a otros" ¹¹. Después de un plan, mientras el ahorro de algunos convertido en suelo, habrá quedado destruído, el de otros habrá resultado multiplicado considerablemente.

La razón de que sea esto dicho con tanta rigurosidad es que la reparcelación supone una difícil técnica. No resulta fácil que la conversión de los valores que entran en juego en la reparcelación en cifras equivalentes y la ulterior conversión de estas cifras, de nuevo, a valores tangibles ¹². A ella hay que añadir la especial idiosincrasia del propietario y la falta de educación ciudadana. Existen muchos problemas: el plan debe delimitar perfectamente su territorio pues despliega sus efectos en el espacio objeto de ordenación.

La propiedad del suelo, en tanto está sujeta al proceso de transformación habilitado por el planeamiento, queda afecta a fuertes restricciones y limitaciones que alcanzan incluso a la cesión

¹⁰ MARTINEZ MORALES, J. La distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento en el suelo urbano en "Derecho Urbanístico Local...". p. 251 y ss.

¹¹ GONZALEZ-PEREZ, J. "Estudios de Urbanismo...". p. 1029.

¹² GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, J. "La reparcelación y otros estudios sobre urbanismo y vivienda". Madrid: 1967. p. 236.

en favor de la comunidad no sólo del suelo que forma el equipamiento social, sino de una participación del aprovechamiento que podríamos llamar lucrativo, sin contraprestación ¹³.

Debe, por tanto, distinguirse entre el derecho de propiedad del suelo y el derecho que su titular pretenda tener de su aprovechamiento urbanístico.

El dueño de un terreno calificado como edificable no tiene el derecho absoluto a construir toda la edificabilidad sobre él en el planeamiento y puede ser privado de ella en ejecución del mismo para resarcir a los dueños de terrenos no edificables y aun por modificación del planeamiento.

De tal forma que, según lo visto, la "funcionalidad" establecida por el planeamiento urbanístico sirve de norma o regla para la utilización de los bienes; el plan respeta la situación actual para la utilización de los bienes; pero la propiedad queda vinculada a la "funcionalidad" de la estructura urbana. Interesa en extremo la "clasificación de los usos de la tierra" ¹⁴ en la actualidad.

Es función del plan la clasificación jurídica del suelo. Calificar el suelo es definir su situación actual y futura, determinar el esquema general a que se ha de sujetar en la utilización económico-social que le ha sido asignada.

¹³ LASO MARTINEZ, J. "Derecho Urbanístico". p. 31.

¹⁴ NUÑEZ RUIZ, A. "Ejecución de planes de Urbanismo". Madrid: Ministerio de la Vivienda, 1974. p. 99.

El planeamiento se halla vinculado a otros conceptos del Ordenamiento urbanístico. En cuanto a las facultades urbanísticas así, el derecho a urbanizar se define por la Ley 8/90¹⁵ como la facultad de dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras fijados por el planeamiento o, en su defecto, en la legislación urbanística, para que adquiriera la condición de solar (artículo 11.1). Este derecho o facultad de urbanizar es al propio tiempo un deber. El deber legal de costear y, en su caso, ejecutar la urbanización en los plazos previstos.

El artículo 12.1 de la Ley 8/50 indica: "la adquisición del derecho a urbanizar requiere la aprobación del planeamiento preciso en cada clase de suelo".

¹⁵ MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la ley...". p. 90.

6.2.- EL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO

La palabra "Estatuto" se ha utilizado en diversas materias: Estatuto de la Función pública, de la empresa pública, etc.

Con arreglo al Diccionario de la Real Academia de la lengua el Estatuto es un conjunto de normas que regula personas, cosas o actividades determinadas. Como este concepto no resulta clarificador, jurídicamente se le da otro sentido. Cuando un conjunto de normas recae sobre un sector determinado, el estatuto significa que se establece una contemplación singular de un problema; que las normas que regulan una materia lo hacen desde el punto de vista de los agentes y actividades que operan sobre él. El derecho de una serie determinada de situaciones. Aquí sería la de los propietarios afectados por la valoración urbana. El estatuto acentúa la consideración de los sujetos económicos operantes: los propietarios. De ahí que se hable de un estatuto de la propiedad del suelo que comparte un conjunto de limitaciones en sentido amplio y de un régimen jurídico al que está sujeto el derecho de la propiedad urbanística. Dentro de este estatuto se preveen una serie de situaciones del derecho de propiedad impuestas por el ordenamiento urbanístico.

B. El estatuto de la propiedad del suelo: limitaciones del derecho (de contenido y de carácter temporal).

La clasificación urbanística de los predios es decisiva para la determinación del régimen aplicable al suelo. De ella depende la sujeción a regímenes muy distintos. Todo el régimen jurídico de la propiedad del suelo descansa sobre las clasificaciones urbanísticas. El derecho

de propiedad está condicionado al régimen urbanístico del suelo que establece la ley y el planteamiento de obligado cumplimiento ¹.

El contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria consiste en una adquisición gradual de los derechos que lo componen: (urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar, derecho a la edificación).

El legislador ordinario en la ley del suelo ha llegado hasta los confines del contenido esencial del dominio: determina el tipo de goce y de disposición. Los poderes públicos a raíz del artículo 33 de la CE están habilitados para asumir decisiones acerca de la utilización de los bienes, determinando el contenido normal de su uso ². De modo que el legislador y la administración, en su tarea de asignar uso al suelo puede determinar y clasificar las "categorías" a las que podría sujetarse o vincularse cada posición de espacio territorial para que en una segunda fase, concretar los usos y explotaciones de cada uno de ellos. Ello llevará una primera consecuencia: el carácter de la propiedad urbana se presentará como casuísticamente distinto.

La Ley del Suelo de 1956 supuso un cambio importante en el concepto de la propiedad inmueble regulada en el Código Civil. Se han multiplicado las limitaciones del derecho ³.

¹ GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a la...". p. 130.

² BARNES VAZQUEZ, J. "La propiedad constitucional". Madrid: Cívitas, 1988. p. 333.

³ SANZ-PASTOR Y PALOMEQUE, C. Derecho de los propietarios ante la sucesión del planeamiento en "Revista Española de Derecho Administrativo". Enero-Marzo, 1984, nº 40-41. p. 147.

La libertad en el uso de una cosa, no puede ser ilimitada. El dominio sufre limitaciones. Pero forman parte de su concepto no de su contenido. De lo contrario, ni siquiera se podría hablar de propiedad. Este variaría según el tipo y número de limitaciones.

La adecuación de los bienes al cumplimiento de una finalidad (por ejemplo, la urbanística) produce la llamada "finca funcional" que se verá en otros momentos de la exposición. Una vez cumplida la finalidad que tiene en cuenta la ley, reaparece la propiedad. La planificación es una fuente de limitaciones.

La ley del suelo escinde la titularidad del suelo y su contenido en cuanto derechos urbanísticos, que integran el estatuto de la propiedad urbana.

El contenido de las facultades se adquiere gradualmente y consta:

1. *A urbanizar: facultad de dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras fijados en el planeamiento, o en su defecto en la ley, para que adquiera la condición de solar.*
2. *Al aprovechamiento urbanístico: facultad de atribuir al propietario afectado por una actuación urbanística los usos e intensidades del suelo susceptibles de adquisición privada, o de su equivalente económico. Se cuantifica refiriendo a la superficie del terreno en un tanto por ciento del aprovechamiento tipo del área de reparto:*
 - *El 75% para el suelo urbano.*
 - *El 50% para el urbanizable no programado, etc.*
3. *A edificar: facultad de aplicar el aprovechamiento urbanístico a un terreno. Se adquiere por el otorgamiento de la licencia.*

4. A la edificación: facultad de incorporar al patrimonio la construcción efectuada legalmente ⁴.

Se puede mantener que la legislación urbanística determina un régimen estatutario de la propiedad inmobiliaria, la propiedad urbana o urbanística que se caracteriza por configurar el dominio del suelo como un derecho planificado y "funcionalizado" ⁵.

La Ley del Suelo no se ocupa de definir conceptualmente el derecho de propiedad, sino de disciplinar su ejercicio y configurar los instrumentos a través de los cuales se define el régimen urbanístico del suelo.

La ley del suelo se encamina a transformar el objeto sobre el que los poderes dominicales recaen de acuerdo con el interés general. Creando un estatuto nuevo de la propiedad inmobiliaria y urbana.

El plan urbanístico al que se remite la ley, como consecuencia inmediata un estatuto jurídico de carácter normativo sobre los bienes, obras, servicios y actividades que comprende.

Una de las partes en conflicto en el Derecho Urbanístico son los propietarios del suelo urbano.

⁴ DE LOS MOZOS, J. "Modificaciones del derecho...". en "Anuario de Derecho Civil". p. 23 al referirse a las facultades urbanísticas del propietario.

⁵ LOBATO, J.M. "Propiedad privada del suelo...". p. 567. DE LOS MOZOS, J. "Modificaciones del derecho...". p. 20-21 al tratar de la propiedad como esencialmente "funcional".

Ya conocemos el derecho de propiedad que configura el artículo 348 del Código Civil.

En la Ley del Suelo de 1975, texto refundido de 1976 el derecho de propiedad queda configurado en su estatuto de la siguiente forma ⁶: el derecho de propiedad del suelo es objeto de expropiación por la administración mediante la correspondiente indemnización y la administración asume el protagonismo de la obra urbanizadora.

O la otra alternativa es que la ley mantiene a los propietarios genéricamente considerados en la propiedad del suelo, a los que atribuye genéricamente un aprovechamiento, sobre la base de que "procedan al reparto equitativo de dicho aprovechamiento, al reparto equitativo de las cesiones gratuitas del suelo, y procedan al reparto de los costes de urbanización. Todo ello con carácter previo al ejercicio del derecho a edificar" (ver los artículos 76 y 87.1 de Ley del Suelo).

Se ha pasado de un derecho de propiedad absoluto e individualista a una consideración de los "propietarios genéricamente considerados", también llamada "propiedad en masa o comunidad de bienes" a los que atribuye genéricamente un aprovechamiento y unas cargas (especificadas en el artículo 83.3 de L.S. en el suelo urbano); ese aprovechamiento urbanístico es en función de la clasificación del suelo sobre la base de que se redistribuyan los aprovechamientos y las cargas, con arreglo al principio de igualdad ante la ley ⁷.

⁶ LLORENTE TALLADA, J. "Derecho urbanístico local...". p. 233.

⁷ LLORENTE TALLADA, J. "Derecho urbanístico local...". p. 232.

En el Derecho de la Propiedad civilístico, se adquieren las facultades dominicales cuando se ha obtenido la titularidad del Derecho. Un propietario de una cosa mueble, puede utilizar y disponer de la misma desde el momento en que tiene el dominio de ella. Por el contrario, en el estatuto de la propiedad urbanística aparece un factor añadido: el precio de la vivienda viene predeterminado por la repercusión del valor del suelo en la edificación debido a plusvalías no ganadas, sino a la retención especulación de solares.

Para ello se dice que el valor inicial es el originario de toda propiedad inmueble y es el inherente a la cosa como tal. Las plusvalías se derivan del planeamiento y se van generando al cubrir las distintas fases de la ordenación urbana, que dan lugar a que se incorporen gradualmente facultades urbanísticas al núcleo inicial de la propiedad, valorando la atribución de ellas por ley fiscal, para coordinar urbanismo y fiscalidad.

Así, la regulación de la propiedad urbana, en el sistema de la L.S. representa una ordenación general del suelo urbano de todo el territorio nacional, a la par que atribuye "usos singulares", por obra del planeamiento urbanístico, a cada propietario particular ⁸.

La Ley del Suelo de 1975, en el texto refundido de 1976 configura al derecho de propiedad en su Exposición de Motivos:

"La aptitud para edificar la da el Plan, pero el derecho a edificar se condiciona, con todas sus consecuencias, al efectivo cumplimiento de las obligaciones y

⁸ BARNES VAZQUEZ, J. "La propiedad constitucional...". p. 396.

cargas que se imponen al propietario de los plazos previstos en el propio Plan" ⁹.

Así el artículo 76 de la Ley del Suelo dispone que "las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la ley o en virtud de la misma por los planes de ordenación con arreglo a la clasificación urbanística de los predios ¹⁰.

Desde 1956, siguen siendo vigentes las palabras del profesor GARCIA DE ENTERRIA: "Nadie es libre de convertir suelo rústico en suelo urbano (parcelarlo, urbanizarlo, construirlo) a su arbitrio, invocando las facultades que le corresponden como dueño de ese suelo. Tal conversión queda estrictamente reservada al Plan. El pase de suelo rústico a urbano ha dejado de ser una facultad del propietario".

El "ius aedificandi" no es ya una facultad libre del propietario, es, en cuanto a su medida concreta, una estricta determinación del plan.

El Estatuto del suelo urbano --o sea, el comportamiento jurídico y legal del que es susceptible de actuar el propietario del terreno-- está concebido en la Ley de 1956 como un conjunto normativo medido, así el artículo 70 de la L.S. de 1956, decía:

"La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemniza-

⁹ LLORENTE TALLADA, J. "Derecho urbanístico local". p. 233.

¹⁰ Texto similar al artículo 61 de la Ley del Suelo de 1956.

ción por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad, según su calificación urbanística".

Todo este Estatuto confiere al derecho de propiedad urbana unas facultades limitadas. De ahí surge de nuevo, en el Derecho urbanístico la figura del límite, limitación del derecho de propiedad del suelo.

Estas limitaciones del derecho de propiedad urbanístico en este Derecho, configuran su contenido; no son excepcionales.

7.- LIMITACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD URBANISTICA

a) Introducción

Uno de los aspectos más sobresalientes de la Propiedad Urbana es el de las limitaciones de su disfrute. La redacción del artículo 348 del Código Civil es la que comporta en sí el planteamiento de los problemas. El legislador del suelo (desde la Ley de 1956 hasta el Texto Refundido de 1992) ha tenido siempre presente la oportuna restricción del derecho, por determinadas necesidades de la colectividad: el suelo como objeto de disfrute se ve afectado por un conjunto de limitaciones que tienen un sentido muy característico a modo de solución arbitral.

Al propietario le interesa que permanezca en una esfera de libertad y así tener en él un fuente potencial de riqueza, en la medida de que se revaloriza su terreno cada vez más cuanto la comunidad precisa más de su utilización. La colectividad, representada por sus órganos de gobierno, no puede permitir que ese suelo quede baldío en el aspecto urbanístico; debe proponerse el gobernante que sirva para el beneficio de la mayoría de los ciudadanos. La tarea es dificultosa; el derecho del propietario se puede ver atropellado. Su terreno según se clasifique de una u otra manera sufrirá determinadas exigencias de los planes. El plan conlleva definir el disfrute del suelo dentro de un régimen que establece el estatuto aplicable al suelo está integrado por límites del disfrute del derecho de la propiedad. Esa restricción es la que lleva al Derecho Administrativo a tener otra visión del instinto de la propiedad.

Se trata de ver cuáles son esas limitaciones que un texto, como la Ley del Suelo, aplica al derecho de propiedad, para poder comprender el carácter que el Derecho Administrativo da a las facultades dominicales.

Una vez analizadas las limitaciones, se intentará llegar a una clasificación de tipo sustantivo o por la materia a la que se refieren, huyendo de la clasificación descriptiva que resulta incompleta, pues pueden surgir otras limitaciones más específicas en cualquier momento y que modifican la normativa del suelo.

7.1.- Limitaciones urbanísticas

1.- Concepto.

2.- Diferencia con figuras afines de la Ley del Suelo.

3.- Posible clasificación.

4.- Estudio de alguna de ellas.

a) Concepto

Los "límites" y "limitaciones" son conceptos genéricos que existían en el derecho de la propiedad. En este apartado, se trata de delimitar el concepto de "limitación" urbanística, desde el punto de vista de la Ley del Suelo; ha señalado la doctrina más autorizada que "la incidencia del Derecho Urbanístico sobre la propiedad fundiaria no puede explicarse en los términos tradicionales de las limitaciones de la propiedad" ¹. Estas palabras siguen siendo válidas en los momentos actuales. Se está tratando de las limitaciones que conlleva la aplicación de la Ley del Suelo. Se precisa para ello hacer una distinción con las figuras afines de la Ley del Suelo que pueden parecer semejantes.

¹ GARCIA DE ENTERRIA, E. La Ley del Suelo y los principios del Urbanismo en "Anuario de Derecho Civil", 1958. p. 503.
CARRO MARTINEZ, A. La revolución urbana en "Revista de estudios de la vida local", Julio-Agosto-Septiembre, 1969, nº 163. p. 353-381 para comprobar el difícil análisis que se debe hacer de la realidad de la propiedad y la ciudad.

Las limitaciones urbanísticas suponen una restricción de las facultades que el propietario no tendría si no incidiera en el suelo la normativa. Aunque en el Derecho Civil el término "límite" y "limitación" tenían una significación semántica, en la ciencia urbanística su diferenciación es más bien circunstancial². Podría preferirse el término "límite" al de "limitaciones" ya que éste último sugiere una idea de privación. Pero podría prescindirse de tal distinción y acaso sería sólo útil distinguir entre límites trazados por la normativa urbanística y "limitaciones" en el sentido de límites temporales (vg. no edificar hasta que no obtenga la parcela la condición de solar...) ³.

Por tanto, la limitación urbanística es toda restricción de la libertad de la utilización del suelo que obedece a fines de ordenación del mismo. Señala la limitación una extensión y la negación de otras posibilidades. Dentro de ellas se deja un margen en su amplitud. En ocasiones, suponen sólo una posibilidad, un sólo camino para ordenar la propiedad inmobiliaria dentro de una racionalidad urbanística. Lo dicho anteriormente se ve más claro cuando se cita como limitación que la ordenación urbanística conlleva para diseñar el modelo a que la realidad debe ajustarse: altura, volumetría, tipología, etc... del suelo que niega otras posibilidades ⁴.

Pero junto a estas limitaciones aparecen en el Ordenamiento otras que lo que sugieren es una prohibición de actuar o realizar expectativas urbanísticas en tanto en cuanto, mientras, se cumplan determinados presupuestos.

² GONZALEZ SALINAS, J. Las plusvalías urbanísticas: sistematización del alcance del artículo 47 de la Constitución española en "Estudios sobre la Constitución española". (Homenaje a E. García de Enterría). Madrid: Cívitas, 1991, Tomo II. p. 1865.

³ GONZALEZ SALINAS, J. Las plusvalías... p. 1656.

⁴ GONZALEZ SALINAS, J. Las plusvalías... p. 1857.

El artículo 76 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 establecía:

"Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios".

Somete, como principio general, a una restricción doble de la ley y el plan al derecho de propiedad. Las clases de suelo son excluyentes entre sí porque no pueden consumir en el mismo espacio ⁵ y cada clase comporta unas limitaciones.

b) Diferencia con otras figuras urbanísticas afines en la Ley del Suelo

De entrada hay que señalar que es un tema complejo el de fijar conceptos urbanísticos que, el legislador en el Texto Refundido de 1992 ha utilizado sin rigor científico movido para una mejor significación y entendimiento de sus preceptos.

DEBERES

La ley impone unos deberes positivos al propietario y aun dentro de los límites, el ejercicio queda cargado con el cumplimiento de deberes, conexos a las limitaciones.

Así el artículo 19 del Texto Refundido dice:

⁵ BLANQUER, M. "Derecho Urbanístico actual". Madrid: Montecorvo, 1993. p. 372.

"La aprobación del planeamiento preciso según la clase de suelo de que se trate, determina el deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso urbanizador y al edificatorio en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento o legislación urbanística aplicables, conforme a lo establecido en esta Ley".

El artículo 20 especifica los deberes locales, que la ejecución del planeamiento comporta:

- a) Ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas.*
- b) Costear y, en su caso, ejecutar la urbanización en los plazos previstos.*
- c) Solicitar la licencia y edificación previo el cumplimiento de los deberes urbanísticos correspondientes en los plazos establecidos.*
- d) El cumplimiento de estos deberes determina la gradual adquisición de las facultades urbanísticas que se definen y regulan en la sección siguiente.*

Se conmina al propietario para que utilice su terreno ya clasificado como urbano, de una manera determinada. Como lo que interesa al Urbanismo es que esa parte de suelo obedezca a una ordenación, no importa que éste sea de otra titularidad en el momento que se ejecute el planeamiento, con tal de que esos deberes se cumplan. Así el artículo 22 establece:

"La enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por la legislación urbanística aplicable o impuestos en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos"...

Lo que se discute en la doctrina es si el Plan Urbanístico es una limitación del artículo 348 del Código Civil, una restricción de libertad inicial, o algo más intenso que una definición de facultades puesto que sin la existencia de un plan no existe aprovechamiento del suelo.

Según parte de la doctrina ⁶ aparecen claramente contrapuestas en la Ley lo que denomina "limitaciones" frente a los deberes, pero no con los límites que suponen muy paprecidos.

En el contexto de la "función social de la propiedad" (artículo 33.2 CE) quedan circunscritos estos deberes.

La edificación de los solares, como deber, determina una peculiar conformación de esta facultad del derecho de propiedad: la utilización del suelo aparece condicionada por una serie de obligaciones. Una vez que el suelo adquiere la condición de solar, resulta irrelevante el origen de la actuación urbanizadora: así el artículo 1 (e) del Reglamento de edificación forzosa y registro municipal de solares de 5 de marzo de 1964: 1.1 "Los propietarios de inmuebles que tengan la calificación jurídica de solares a efectos de su edificación forzosa conforme a la Ley del Suelo y disposiciones complementarias...".

La Ley del Suelo establece otros deberes para la adecuación del terreno a la ordenación. Así, el lógico deber de conservar las edificaciones, terrenos, urbanizaciones y carteles en condiciones de seguridad y salubridad y ornato público que se establece al regular las órdenes de ejecución.

⁶ MUÑOZ MACHADO, S. "Tratado de Derecho municipal...". p. 1829.

El catálogo de limitaciones se haría ilimitado desde el momento en que se aplique la legislación sectorial y otras Normas que recaen sobre la Propiedad ⁷.

CARGAS

Otro concepto que resulta frecuentemente confundido con el de limitación es el de carga. En términos generales, significa gravamen tal cual aparece en el Código Civil (vg. artículo 1483 Cc) ⁸. La expresión carga surge en otros sectores del Ordenamiento (Derecho procesal; la carga de la prueba, artículo 1214 del Código Civil). La significación en el Derecho que regula la propiedad urbana no tiene nada que ver con aquélla. En la Doctrina, GARCIA DE ENTERRIA define la carga como una "contraprestación para obtener un beneficio" ⁹. Otros autores siguen esta orientación pero queda claro que la obligación es un concepto que no se corresponde con el de carga. La carga urbanística es un requisito previo o presupuesto habilitante del acto del ejercicio de una facultad: vg. exigir licencia urbanística (vg. artículos 58 y 59 del Reglamento de 25 de agosto de 1978 de gestión urbanística). Aunque bien es cierto que en el terreno de la sanción las obligaciones y las cargas se equiparan (ante su incumplimiento) ya que en ambas se utiliza la expropiación-sanción ¹⁰.

⁷ GONZALEZ SALINAS, J. "Tratado de Derecho Municipal" p. 1830.

⁸ SUSTAETA, A. "Propiedad y...". p. 286.

⁹ GARCIA DE ENTERRIA, E. Configuración jurídica de la propiedad urbana. Conferencia en las Jornadas de Derecho Urbanístico. Salamanca: Junio, 1973.

¹⁰ SUSTAETA, A. "Propiedad y...". p. 288.

Hay cargas que se pueden llamar subjetivas porque no son trasladables a otros sujetos: véase el ejemplo de los promotores de las urbanizaciones privadas, que son los únicos obligados a cumplirlas.

OBLIGACIONES

Las obligaciones urbanísticas son otro término que se suele utilizar, en sentido de limitación urbanística.

La perpetuidad e irrevocabilidad del dominio desaparecen en la propiedad inmobiliaria por actos de la Administración que los destruye jurídicamente, manteniéndose el derecho aunque cambie su forma cuando expropia el derecho anterior mediante justa causa ¹¹.

Facultades y obligaciones son términos correlativos: se puede hacer (facultad) y se debe hacer (obligación) en cuanto la combinación de ambos otorga el derecho subjetivo de actuar.

La obligación es negativa en cuanto supone que solo puede actuarse en un tiempo previsto. La obligación urbanística se inserta en el contexto general de la teoría de las obligaciones ¹².

¹¹ BLANQUER, M. "Derecho urbanístico actual". p. 166.

¹² BLANQUER, M. "Derecho urbanístico actual". p. 167.

El término "facultad" que aparece en la Ley del Suelo significa que constituye obligación inherente e ineludible. El propietario del suelo posee la potestad de urbanizar, de adquirir o ceder aprovechamientos, de edificar y ostentar la titularidad de lo edificado ¹³.

Si el propietario no ejerce estos derechos, los titulares serán sustituidos por la Administración.

Se ha indicado que la generalidad de las obligaciones no son personalistas e intransferibles, sino que aparecen por la relación posesoria de los inmuebles, o de la capacidad para ejercer un derecho ligado al de propiedad.

En el Derecho de la Propiedad Urbana el ejercicio de una facultad supone la concurrencia de las condiciones para que pueda ejercitarse las siguientes al ser de ejercicio gradual. Dice Blanquer ¹⁴ que las facultades urbanísticas consisten, en resumen, en que el propietario de terrenos afectado por el desarrollo urbano y con el planeamiento aprobado y pendiente de ejecución, puede y debe urbanizar su propiedad, construir solares, y atenerse a los términos de la licencia municipal otorgada al efecto.

CESION

Otro de los términos que expresa la ley es el de cesión. La Propiedad históricamente ha sido un derecho limitado en función de los criterios y necesidades de la colectividad.

¹³ BLANQUER, M. "Derecho urbanístico actual". p. 169.

¹⁴ BLANQUER, M. "Derecho urbanístico actual". p. 171.

El primer menoscabo del derecho de propiedad sería la limitación de su ejercicio, porque el planeamiento señala donde, cuando y como se debe edificar y qué destino debe darse a los inmuebles. Las cesiones, o transferencias por zonas de terreno conforman otro bloque de obligaciones.

El primer bloque está compuesto por un conjunto de restricciones imprescindibles para el uso del territorio y de las parcelas, dividiendo propiedades, de tal suerte que sean accesibles.

El segundo bloque es el conjunto de elementos de los que cada propietario podría prescindir pero son ineludibles para la vida social y desarrollo de la comunidad urbana. A éste corresponden las cesiones obligatorias ¹⁵.

La Reforma de la Ley 8/90 ha superado el nivel de cesiones obligatorias y gratuitas, distintas de otros gravámenes o gastos. La cesión afecta directamente al patrimonio inmobiliario tanto del particular cedente como al del ente público cesionario, ya que aumenta su dotación de suelo para destinarlo al crecimiento urbano.

Los gravámenes, con carácter de gastos urbanísticos constituyen cargas económicas que sustituyen a la entrega de bienes in natura.

Las cargas urbanísticas, deberes, etc., están sometidas a un derecho sancionador que es común, independientemente de su concepto. Así se deduce de los artículos 25, 34, 186, 35.2, 184, 192, 248 que tienen sus orígenes en diversas motivaciones legales (por extinción del derecho a urbanizar, por pérdida del derecho a edificar, por incumplimiento de los plazos otorgados para

¹⁵ BLANQUER, M. "Derecho urbanístico actual". p. 191.

edificar, incumplimiento de las obligaciones impuestas al propietario de bienes liberados de expropiación ¹⁶, incumplir las obligaciones del adjudicatario de un AU, por omisión de procedimiento, etc...).

De todo lo expuesto se debe obtener una conclusión que deriva de la Ley del Suelo: el fin ordenador de la ciudad es lo que prima en toda la regulación. El texto legal no parece sentir preocupación por delimitar técnicamente los conceptos, aunque la confusa terminología legal puede dar lugar a confusiones.

En cambio, junto a estos confusos términos urbanísticos, la Ley del Suelo ha sido respetuosa con otros conceptos civiles como las servidumbres. La figura jurídica de la servidumbre, se erige "per se" como un derecho real que limita y se impone al derecho de propiedad. Suponen las servidumbres un gravámen que afecta al goce o aprovechamiento del predio sirviente ¹⁷. Tal estructura ha sido respetada por la Ley.

Por último se recurre al procedimiento expropiatorio "cuando para la ejecución de un plan no se obtuviere convenio con el propietario, con arreglo al procedimiento de la Ley de Expropiación Forzosa"... (art. 211 TRLS), para imponer la servidumbre.

¹⁶ BLANQUER, M. "Derecho urbanístico actual". p. 192.

¹⁷ BLANQUER, M. "Derecho urbanístico actual". p. 279.

Las servidumbres administrativas de Derecho Público aumentan de día en día ante el crecimiento de las necesidades colectivas ¹⁸.

El crecimiento urbano es el que preocupa al legislador; por ello recurre también a las instituciones jurídicas privadas con fortísima implicación en urbanísticas, como es el caso de las servidumbres.

¹⁸ BLANQUER, M. "Derecho urbanístico actual...". p. 280.

7.2.- INTENTO DE UNA CLASIFICACION DE LAS LIMITACIONES

Ahora se trata de enumerar y clasificar las limitaciones "urbanísticas" que sufre el derecho de Propiedad. Sobre los poderes o facultades que el mismo comprende en orden a su duración o a su destino, así como hacer compatible esta clasificación con la teoría general de las obligaciones en cuanto a su clasificación. Si se ha llegado al concepto de "limitación" como toda restricción que exista (por razón del Ordenamiento Urbanístico), habrá que saber qué tipo de restricción se establece, o a qué fin obedece. Ello será intentado sin perder de vista el papel ordenador que posee toda la legislación de la Propiedad Urbana, como principio básico de la Ley del Suelo y que impregna todos sus preceptos; sean más o menos técnicos, sean informativos debe quedar claro este extremo. La Doctrina en este punto ha sido pacífica, pues unas clasificaciones no exclúan a las otras, pero su carácter descriptivo las hace demasiado volubles a los cambios legislativos: la razón de ser es la regulación de la ley del suelo; si ésta cambiaba también lo hacían las limitaciones del Derecho de la Propiedad. El núcleo del Derecho de Propiedad aparece fundado en el poder más o menos virtual y general que su titular tiene en orden al goce y disposición de una cosa. Esto constituye una constante histórica desde las Glosas que se incorpora a los códigos civiles del siglo pasado y se manifiesta como verdadero sustrato del Derecho de Propiedad ¹. Esta misma línea argumental se puede mantener, sin grandes problemas, ante el Texto Refundido de 1992. El propietario puede, por tanto, hacerlo todo, si bien con las limitaciones establecidas en el Ordenamiento (Civil y Urbanístico).

La intervención sobre la Propiedad ha de hacerse por ley sostiene la Doctrina. Necesita esta intervención un contenido mínimo material. La ley que limite o intervenga el Derecho de Propiedad debe contener la regulación básica de esa intervención, de esa limitación o

¹ SUSTAETA, A. "Propiedad y...". p. 342.

conducción de facultades. En ocasiones el propietario debe "conducir" sus facultades sobre la cosa hacia una determinada finalidad que la ley le impone.

La clasificación del suelo predetermina su régimen de limitaciones y en qué proporción. Es un acto reglado.

Esta clasificación del suelo que puede entrañar, sin duda, una discrecionalidad se hace sobre datos fácticos del terreno y no es --no debe constituir-- una medida sancionadora. La diferente clasificación conlleva una serie de deberes y obligaciones sobre el terreno que pueden comportar alguna discriminación para los propietarios. La ley que apruebe esta clasificación ha de fijar criterios objetivos para definir el suelo como urbano. Todo ello trae consigo unas limitaciones por motivo de la ordenación urbanística que se pretende clasificar. Entre las clasificaciones de estas limitaciones las hay exhaustivas pero desfasadas no sólo en cuanto a la regulación legal, sino a las finalidades del legislador que en materia de ordenación racional de la propiedad urbana son cambiantes y, a veces, contradictorias ².

Así, en la doctrina SUSTAETA (con respecto al texto de 1976 de la ley del suelo) hace una clasificación cuyo criterio es la conducta del propietario positiva o negativa, así como por razón del objeto, el contenido o facultades del derecho, al tiempo y duración, por razón de destino del suelo y las finalidades específicas (saneamiento, higiene, paisajística, rural, arquitectónica, etc.).

Otro sector de la doctrina ha intentado la clasificación o lo ha hecho tratando el régimen del suelo como tal (urbano, no urbano, etc...) y no ha realizado una clasificación en cuanto tal.

² SUSTAETA, A. "Propiedad y...". p. 301.

Al pretender una clasificación se intenta obtener una de carácter sustantivo. Realmente, tampoco se puede renunciar a separarse del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y las que establece, pero a modo de ejemplo, pues de otra manera, no se pueden extraer las líneas generales de orientación.

En consecuencia, se propone la siguiente clasificación:

Limitaciones derivadas de la Ley del suelo:

- *Las que somete el Derecho de Propiedad a la planificación.*
- *Las que lo someten a las licencias urbanísticas.*
- *Expropiación del Derecho de Propiedad por incumplimiento de la función social de la Propiedad.*

Limitaciones por su contenido: similar a las de Derecho Civil.

- *Negativas: (Propias). Las de no hacer como prohibición.
(Impropias). Las que sólo le permiten realizar "parte" de las facultades que posee el propietario.*
- *Positivas: Aquellas que suponen deberes, cesiones de hacer o de dar.*

a) Descripción de las limitaciones del Derecho de la Propiedad Urbana.

Las limitaciones suponen unas restricciones a las facultades del propietario, en la esfera del goce y la disposición.

La Ley del Suelo, para conseguir un orden racional del desarrollo urbano somete al propietario a esas limitaciones. Así el artículo 8 del Texto Refundido de 1992 dice:

"La utilización del suelo y, en especial, su urbanización y edificación, deberá producirse en la forma y con las limitaciones que establezcan la legislación de ordenación territorial y urbanística y, por remisión de ella, el planeamiento, de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los predios".

La apelación al principio de legalidad es constante en la ley en sus preceptos introductorios, como punto de partida.

En este intento de ordenación del territorio la Ley del Suelo pretende (en su artículo 16) conducir la actuación del propietario, incluso en el suelo no urbanizable, es decir, el que se dedica a fines "agrícola, forestal, ganadero cienagético y, en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, conforme a lo establecido en la legislación urbanística y sectorial que los regule..." (artículo 15).

Así, en esta clase de suelo no urbanizable "no podrán efecturarse fraccionamientos en contra de lo previsto en la ley agraria" (artículo 16).

Dice el Texto Refundido: "Además de las limitaciones que resulten en virtud de otras normas (con respecto a este mismo suelo no urbanizable) se observarán las siguientes reglas":

No se podrán realizar construcciones que no estén destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza y se ajusten en su materia a los planes o normas de los órganos competentes en materia de agricultura...

En el suelo urbanizable no programado en tanto no se aprueben programas de actuación urbanística, o el instrumento equivalente determinado por la legislación aplicable, estarán sujetos a las limitaciones establecidas para el suelo no urbanizable dice el artículo 18.1 y añade el 18.2:

"Aprobado un programa de actuación urbanística se estará a las limitaciones, obligaciones y cargas establecidas en él, en su acuerdo aprobatorio, y en las bases del correspondiente concurso para su ejecución, que no podrán ser inferiores a las fijadas para el suelo urbanizable programado".

El texto de 1992 sigue la línea de la ley 8/90 de privar al propietario del suelo de las facultades de urbanizar y edificar. Se establece una escala gradual de posibles atribuciones al dueño en la medida en que éste va cumpliendo los deberes que la ley determina y que le permiten incorporarse al proceso urbanizador hasta llegar a adquirir el derecho a la edificación.

Sin cumplir esos deberes que implican unas limitaciones el derecho se verá incompleto de facultades.

La limitación que somete el Derecho de Propiedad a la planificación está expuesta de forma inflexible en el artículo 134.1: "Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la legislación urbanística aplicable y en los Planes, Programas de Actuación Urbanística, estudios de detalle, proyectos, normas y ordenanzas aprobados con arreglo a la misma".

Pese a ello, la ley permite que se puedan autorizar sobre los terrenos sometidos a planificación obras y usos provisionales que habrán de demolerse cuando lo acordare el Ayuntamiento, sin derecho a indemnización dice el artículo 136.

Respecto de los edificios llamados fuera de ordenación, es decir, los erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico (artículo 137 LS) si resultaren disconformes con el mismo serán limitados sus propietarios --salvo que en el planeamiento se dispusiera otro régimen-- a no realizar en ellos obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero si las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble (art. 137 TRLS).

Existen unas normas que califican la ley como de "normas de aplicación directa" (artículo 138). Un principio general mueve a la ley: Las construcciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieren situados. Cuando por el contorno artístico, histórico, arqueológico típico o tradicional ello deba producirse. También en los paisajes abiertos y naturales sean rurales o marítimos o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco no se permitirá que o la situación, o la masa, altura, muros y cierres limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales o que rompa la armonía del paisaje.

En el artículo 191 se dice: 1. "Cuando el planeamiento establezca, para una determinada zona unas condiciones urbanísticas de volumen o alturas con el carácter de mínimas y el proyecto presentado para la obtención de licencia no las alcanzara o, alcanzándolas, excediera del aprovechamiento atribuible a la parcela del solicitante (...) la Administración exigirá la presentación de un nuevo proyecto ajustado...

Lo que pretende el planeamiento es "garantizar la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados, así como el cumplimiento de los deberes de cesión de los terrenos, destinados a dotaciones públicas y aquellos en los que se localice el aprovechamiento

correspondiente a la Administración, al igual que el costeamiento y, en su caso, la urbanización" (Artículo 140 TRLS).

La propia Ley tiene que regular los supuestos donde ese Plan no existe, artículo 139: "Mientras no exista Plan o Norma urbanística que lo autorice no podrá edificarse con una altura superior a tres plantas medidas en cada punto del terreno, sin perjuicio de las demás limitaciones que sean aplicables".

Al ser el plano urbanístico muy diferente se es consciente de la dificultad que posee toda generalización, sobre todo, cuando es la Ley la que renuncia a hacerla, de tal manera que ello a nivel práctico es dificultoso. Para ser suelo urbano, STS 2 de julio de 1990 se dice que lo que le caracteriza es la presencia de los llamados servicios o elementos urbanísticos (acceso rodado, abastecimiento, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica) o bien son los terrenos comprendidos en áreas de consolidación por la edificación de las dos terceras partes". Y ello lo quiere conseguir con esas limitaciones.

Los Planes, Normas o Proyectos de Delimitación del Suelo Urbano operan sobre realidades urbanísticas preexistentes que se han ido conformando hasta definir las características ciudadanas y de la edificación.

Algunos autores, ven en la declaración de ruina una actuación que se encuentra en el eje de las situaciones fuera de ordenación y los órdenes de obrar, versando sobre la situación física del inmueble que puede verse condicionada.

La previa clasificación del suelo es, por tanto, fundamental para determinar el alcance legal de las cesiones, aunque corresponda al plan concretarlas: las dotaciones, al calificar el suelo y las

de suelo equivalente al aprovechamiento que corresponde a la Administración, al otorgar dicho aprovechamiento y delimitar sus respectivos ámbitos.

Las limitaciones por su contenido que se han calificado como de positivas y negativas deben ser ejemplificadas.

Las limitaciones positivas se manifiestan en "deberes" que recaen sobre el titular dominical por consecuencia de la relación que tiene con la cosa a la que se le impone una determinada finalidad a cumplir.

Como tales se pueden citar en nuestro Texto Refundido (en el suelo urbano y urbanizable):

- Ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas (artículo 20 a).*
- Ceder los terrenos en que se localice el aprovechamiento correspondiente a los Ayuntamientos, por exceder del susceptible de apropiación privada (artículo 20 b TR).*
- Costear y, en su caso, ejecutar la urbanización en los plazos previstos (artículo 20 Cc).*
- Solicitar la licencia y edificación, previo el cumplimiento de los deberes urbanísticos correspondientes, en los plazos establecidos.*
- Edificar los solares en el plazo fijado en la preceptiva licencia (artículo 20 Cc).*
- Deber de uso, conservación y rehabilitación (artículo 21 TRLS).*

La cesión de terrenos:

Dicha cesión se manifiesta como contribución especial "in natura" y "ex ante" frente a la normal realizada en forma dineraria y "ex post" a la cesión. Según la doctrina dominante del urbanismo, se trata más bien de una limitación del contenido normal del derecho de Propiedad. El artículo 46 del Reglamento de gestión urbanística de 25 de agosto de 1978 dice: "Los propietarios de suelo afectado por una actuación urbanística están obligados a llevar a efecto las cesiones gratuitas de terrenos que establece la Ley del Suelo para cada uno de los tipos y categorías de suelo en los términos que resulten del Plan General y de cada uno de los Planes que lo desarrollen".

Estas cesiones obligatorias y gratuitas en suelo urbano se hacen en favor del Municipio y consisten en la total superficie de terrenos destinados a viales, parques, jardines públicos y Centros de Educación General Básica. En el suelo urbanizable programado las cesiones obligatorias y gratuitas se harán en favor del Municipio o, en su caso, --dice el artículo 46.3 del Reglamento-- de la Entidad urbanística actuante, y serán las siguientes:

La superficie total de los viales, parques y jardines públicos, zonas deportivas y de recreo y expansión, centros culturales y docentes y los terrenos precisos para la instalación y funcionamiento de los restantes servicios públicos necesarios.

En el suelo urbanizable no programado los propietarios de terrenos comprendidos en el ámbito del programa de actuación urbanística que se apruebe. Los programas de actuación urbanística tienen por finalidad --dice el artículo 213 del Reglamento de planeamiento-- "la ordenación y urbanización de terrenos clasificados como suelo urbanizable no programado en el Plan General, sin que sean aplicables a otro tipo de categoría de suelo".

Las obligaciones que deben asumir los adjudicatarios de un PAU se refieren, según el artículo 219:

- *Cesiones de terrenos destinados a viales, parques, jardines públicos y servicios de dotaciones de interés general.*
- *Red viaria, agua y energía eléctrica, saneamiento, alumbrado público, demás servicios...*
- *Cesión de aprovechamiento medio establecidos para el territorio o zona a que se refiera la actuación, con su correspondiente suelo, ...*

El fundamento de todas estas cesiones se encuentra en la compensación que resulta al propietario de los beneficios recibidos de la urbanización. Se trata de un sistema de compensación que facilita la urbanización sin lesionar intereses privados, de otro modo podría el propietario obtener un enriquecimiento injusto ³.

Otra limitación es la de costear y ejecutar la urbanización en los plazos previstos (según el artículo 20 TRLS).

El propietario no puede inhibirse, so pena de dejar de serlo, a contribuir a los gastos que origine la debida urbanización de los terrenos de que es titular.

De nuevo el fundamento se derivaría de un enriquecimiento injusto por parte del propietario que vería convertido su suelo no urbanizable en solar, adquiriendo y haciendo suyo, sin causa alguna, un plus valor que la comunidad ha dado a su propiedad ⁴. El Reglamento de Gestión urbanística de 25 de agosto de 1958 indica en su artículo 58: "los propietarios de terrenos

³ CARRO MARTINEZ, A. "La revolución...". p. 380.

⁴ SUSTAETA, A. "Propiedad y...". p. 303.

afectados por una actuación urbanística estarán obligados a sufragar los costes de la urbanización que se señalan...".

El importe de las obras que corre a cargo de los propietarios comprenderá (art. 59):

- Obras de viabilidad (explanación, pavimentación, encintado de aceras, canalizaciones, etc.).*
- Obras de saneamiento (colectores generales, sumideros, estaciones depuradoras...).*
- Suministro de agua.*
- Suministro de energía.*
- Jardinería y arbolado en parques, jardines y vías públicas.*
- También correrá a cargo de los titulares de terrenos las indemnizaciones debidas a los propietarios y arrendatarios de edificios y construcciones de cualquier tipo que hayan de derribarse para ejecutar el Plan (art. 57 del Reglamento).*

Así, también serán de cuenta de los adjudicatarios de terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación correspondiente el coste de redacción y tramitación de los Planes Parciales y de los proyectos de urbanización y el importe total de los gastos de reparcelación o compensación (artículo 61 del Reglamento de gestión).

Otro tipo de coste que le supone al propietario de terreno clasificado como urbanizable no programado es el deber de costear la ejecución total o el suplemento necesario de las obras de infraestructura sobre las que se apoya la actuación urbanística; así redes viarias de enlace con núcleos de población, canalizaciones de servicios de abastecimiento de agua, suministro de energía y cualesquiera otros servicios necesarios para la ejecución al programa de actuación urbanística (todo ello lo especifica el artículo 64 del Reglamento de gestión urbanística).

El incumplimiento por los propietarios de suelo de las obligaciones y cargas da lugar:

- A la exacción de las cuotas de urbanización por la vía de apremio.*
- A la expropiación por la Administración de los terrenos afectados al cumplimiento de las cargas, el beneficiario será la Administración o Junta de Compensación.*

La otra limitación positiva de mayor importancia es la de edificar los solares. El "ius aedificandi", cuando se ejercita exige se realice sobre parcelas que tengan la calificación urbanística de solares.

El derecho llamado "ius aedificandi" o "facultas aedificandi" no es inherente al contenido de la propiedad ni forma parte del mismo. No es que se trate de una limitación a las facultades del propietario por razones de la ordenación urbanística, sino de una atribución externa, contingente: "ope legis" de dicha facultad siempre y cuando se cumplen unos deberes ⁵.

Este derecho se adquiere por la obtención de la licencia de obras. Ahora después de la Ley 8/90 la licencia de obras es el acto de la Administración que atribuye constitutivamente el derecho a edificar y no sólo declarativo de la conformidad del proyecto de edificación con las normas y ordenanzas municipales aplicables. Por tanto, el momento de adquisición es el otorgamiento de la licencia siempre que las obras se realicen en los plazos (de iniciación, interrupción máxima y finalización) fijados en el acto del otorgamiento de la licencia. Si ello ocurriera el propietario estaría limitado en sus facultades por cuanto:

⁵ MARTIN BLANCO, J. "Estudios de la Ley 8/90". p. 171.

- *No podrá iniciar o reanudar actividad alguna al amparo de la licencia caducada.*
- *La Administración podrá expropiar o acordará su expropiación forzosa.*
- *El titular podrá, --acordándolo la Administración-- realizar las obras estrictamente necesarios para garantizar la seguridad de personas y bienes y el valor de la edificación ya realizada.*

Deber de conservación:

El propietario de inmuebles está sujeto a cumplir las normas sobre seguridad, salubridad y ornato público. Estas finalidades han sido, tradicionalmente, las perseguidas por las Ordenanzas de policía sobre la edificación. Esto ha constituido una de las competencias propias de las Corporaciones Locales ⁶. La Ley 8/90 supone (luego se refleja en el Texto Refundido) una manifestación de la nueva concepción de los deberes de conservación al referirse al "cumplimiento de las normas de seguridad, salubridad y ornato público contenidas en el planeamiento y legislación aplicables...".

En el apartado 2 el proyecto del Gobierno al referirse a cómo se sufragará el coste de las obras, establecía una exigencia básica: que se respete el contenido esencial del Derecho de Propiedad, por cuanto no se le pueden imponer al propietario la ejecución de obras que excedan de los

⁶ GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a la ley de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo". 2ª Ed. Madrid: Cívitas, 1991. p. 174.

deberes normales de conservación, sin que se preste la ayuda financiera pertinente. No obstante⁷ aquella exigencia no figura en el texto que obtuvo la sanción legislativa.

El artículo 10 de la Ley 8/90 se refiere en primer lugar a las normas contenidas en el planeamiento. La LS y el Reglamento de planeamiento imponen a los planes la inclusión de determinaciones en este sentido. Este planeamiento debe respetar la legislación estatal, no sólo la urbanística, sino también la sectorial. Además hay que tener en cuenta las determinaciones de los planes especiales que se puedan establecer.

Se refiere el artículo 10 a las legislaciones aplicables "incluidas las relativas a la protección del patrimonio arquitectónico". La Ley 16/1985 de 25 de junio del Patrimonio Histórico constituye Ley Básica. Se ha de tener en cuenta: la Ley 38/1972 de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico; el Decreto legislativo 1302/1988 de 28 de junio de evolución de impacto ambiental; la Ley 20/1986 de 14 de mayo, de residuos tóxicos y peligrosos y su Reglamento Decreto 833/1988 de 20 de julio) y demás regulaciones sectoriales que puedan surgir.

La Administración interviene en el cumplimiento de las normas sobre seguridad y salubridad a través de una actividad administrativa que se concretará en autorizaciones o en actos de ejecución.

La autorización previa es uno de los medios de intervención, a fin de garantizar que la actividad de los particulares va a sujetarse a la normativa de protección de los fines señalados, se sujeta la actividad al requisito de la autorización previa. Aparte de esta licencia exigida con carácter general por el Ordenamiento urbanístico, la protección especial de que son objeto edificios en

⁷ GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a la ley de reforma...". p. 175.

que concurren ciertos requisitos habrá de ser tenida en cuenta (vg. la declaración de interés cultural de un inmueble).

Igual ocurre con la rehabilitación urbana que es uno de los principios del urbanismo actual: no se trata tanto de encontrar nuevos espacios urbanísticos, sino que hay que habilitar los centros urbanos ya existentes: cuando ello ya es irreversible, pues estos centros no se pueden ya transformar en su estructura, sólo en cuanto a su aspecto.

La debida conservación de edificios y solares en orden a su seguridad, estética e higiene, constituye una de las limitaciones de la propiedad de mayor raigambre histórico fundada en evidentes razones de policía de las ciudades que aparecen consignadas en las Ordenanzas Municipales de Edificación y recogidas por nuestro Código Civil (arts. 389, 1907, 1908...).

Ahora bien, esta limitación se encuentra ya matizada así el artículo 67 del Reglamento de 25 de agosto de 1978 de Gestión urbanística dice:

"La conservación de las obras de urbanización y el mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos serán de cargo de la Administración actuante, una vez que se haya efectuado la cesión de aquéllas".

El Plan de Ordenación será el que puede sujetar a los propietarios de los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación a dicha obligación (artículo 68 del Reglamento de Gestión). La participación de los propietarios en la obligación de conservación y mantenimiento de las obras de urbanización, dotaciones e instalaciones de servicios públicos en función de la de su papel en la Junta de Compensación. Si se trata de participar en un régimen de propiedad horizontal, la contribución se determinará por la cuota de participación con relación al total del inmueble que tenga asignada en cada comunidad. Cualquiera que sea el sujeto obligado al

mantenimiento a que se refieren los artículos 67, 68, 69 del Reglamento de Gestión en su condición de titular de terreno de dominio público, obras e instalaciones de cesión obligatoria, podrá exigir por la vía de apremio las cuotas que se le adeudan. Todo un régimen de política de convivencia ciudadana se desprende de todo lo enunciado, ampliándose dicho deber de conservación ampliándose dicho deber de conservación y de reforma en las fachadas o espacios viales o espacios visibles desde la vía pública, aún cuando no estén incluidos en Plan alguno de ordenación. De no hacerlo el propietario, se harán a su costa dentro de los límites del deber de conservación que le corresponde.

Se dijo que en términos generales, los propietarios de suelo urbano o urbanizable una vez incorporados al proceso urbanístico, tienen los deberes materiales de urbanizar y edificar y además cobra especial importancia el deber de conservación ⁸.

Los derechos de urbanizar y edificar, en sentido material, son también derechos, pero los derechos realmente significativos son los que se apoyan en esos dos deberes. En el deber de urbanizar se fundamenta el derecho al aprovechamiento urbanístico, y en el deber de edificar, el derecho de patrimonializar la edificación ⁹.

La Ley 8/90 como la de 1956 y la de 1976, parte de la distinción doctrinal entre limitación y límites, confines o delimitación. Los límites forman parte de la propia definición del derecho de la propiedad que, como sabemos, supone la incorporación de los deberes en que se materializa la función social de la propiedad.

⁸ LLISSET BORRELL, F. "La actividad urbanística de los particulares". Madrid: Montecorvo, 1975. p. 361.

⁹ LLISSET, F. "La actividad...". p. 83.

Limitaciones negativas (o de no hacer).

Existen otro tipo de limitaciones del derecho --permanecemos por criterio del contenido-- llamadas negativas. La conducta del propietario de terrenos se limita a un "non facere" o un "pati" ante la actuación de la Administración Pública. De cómo pueda ser esta abstención del derecho del propietario hablaremos de una limitación propia (cuando no permite hacer algo en la cosa) o impropia (cuando conduce al propietario para actuar en un determinado sentido) ¹⁰.

El Texto Refundido de 1992 establece una serie de limitaciones para conseguir el fin que se ha citado y que rodea a todo el Urbanismo. Así lo cita su artículo 31 a:

"Procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas de la misma".

Pero, poco a poco, se va especificando más: artículo (en el suelo clasificado como no urbanizable) 16: *En las transferencias de propiedad, divisiones y segregaciones de terrenos en esta clase de suelo no podrán efectuarse fraccionamientos en contra de lo dispuesto de la ley agraria...*

Están prohibidas las parcelaciones urbanísticas en este tipo de suelo.

¹⁰ SUSTAETA, A. "Propiedad y...". p. 316.

Art. 16.3. No se podrán realizar (en este suelo no urbanizable) otras construcciones que las destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza, extensión y utilización de la finca...

Cuando se establecen en su artículo 20 del Texto Refundido unos deberes legales que sirven para la adquisición gradual de facultades significa que "a sensu contrario" no llegaría a ser suelo urbano si se hiciera lo contrario en él.

La enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por la legislación urbanística aplicable dice el artículo 22 del Texto Refundido, es otro ejemplo de la limitación "impropia". No se impide la enajenación si cumple la legislación urbanística aplicable.

El derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la legislación urbanística.

Si se edificare sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones e incompatible con el planeamiento vigente será demolida sin indemnización, dice el artículo 38 del Texto Refundido.

Así, "será una limitación impropia" construir sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones, pero compatible con el planeamiento puede ser objeto de legalización mediante solicitud de la licencia dice el artículo 39 de la Ley de 1992.

Tampoco podrá edificar un propietario si excede del aprovechamiento previsto a la que tiene derecho el titular si no hubiera transcurrido desde su terminación el plazo que establezca la legislación aplicable, o en su defecto, el de cuatro años, dice el artículo 41 del Texto Refundido.

Toda edificación exige la realización de obras de interés colectivo imprescindibles para que aquélla cumpla el fin o destino para el que se proyecta.

Todos los designios que establece el artículo 3 del Texto Refundido deben significar --y lo hacen-- unas limitaciones del Derecho de Propiedad. Todo ello se manifiesta en unas limitaciones (propias o impropias). Impropias es la prohibición de parcelar terrenos sin previa existencia de Plan. Así, también abstenerse de realizar ciertas construcciones en edificios fuera de ordenación. Sin dejar de olvidar las finalidades especiales del texto:

La protección en el orden urbanístico de las vías de comunicación, en cuanto se refiere a la restricción y del uso de los terrenos marginales, permitirá (art. 87 TRLS):

- a) Dividir los terrenos en zonas de utilización, edificación, vegetación y panorámicas.*
- b) Prohibir o limitar de acuerdo con la legislación vigente, el acceso directo a las fincas desde la carretera.*
- c) Señalar distancias mínimas para la desembocadura de otras vías.*
- d) Disponer el retranqueo de las edificaciones como previsión de futuras ampliaciones y el establecimiento de calzadas de servicio.*
- e) Ordenar los estacionamientos y los lugares de aprovisionamiento y descanso.*
- f) Mantener y mejorar la estética de las vías y zonas adyacentes.*

Así como la función de protección de otros espacios que llevará a un uso restrictivo o delimitado de la Propiedad:

art. 89. Mejora del medio urbano o rural. La mejora del medio urbano o rural y de los suburbios de las ciudades podrá ser objeto de Planes Especiales encaminados a estas finalidades:

- a) Modificar el aspecto exterior de las edificaciones, su carácter arquitectónico y su estado de conservación.*
- b) Altrar determinados elementos vegetales, jardines o arbolado.*
- c) Prohibir construcciones y usos perjudiciales.*
- d) Someter a normas urbanísticas el acoplamiento de las edificaciones.*

El art. 90 TRLS trata de los Planes de Saneamiento sobre condiciones de salubridad, higiene y seguridad, alcantarillado, abastecimiento de aguas potables, drenajes, fuentes, abrevaderos, lavaderos, recogida y tratamiento de basuras. Así también, otras finalidades de Planes Especiales de protección del paisaje (artículo 86 TRLS). Según el artículo 84 TRLS tienen esas finalidades:

Protección, catalogación, conservación y mejora de los espacios naturales, del paisaje y del medio físico rural, del medio urbano y de sus vías de comunicación.

Los Planes Generales en suelo urbano, en sus determinaciones deben incluir muchos intereses en juego (véase el artículo 72.3.A). Otro tanto sucede en los Planes Especiales de Reforma interior donde no se concibe lo que pretende sino a través de las limitaciones de no hacer::

Art. 85 a): "Llevar a cabo actuaciones aisladas que, conservando la estructura fundamental de la ordenación anterior, se encaminen a la descongestión del suelo urbano, creación de dotaciones urbanísticas y equipamiento comunitario, saneamiento de barrios insalubres, resolución de problemas de circulación o de estética y mejora del medio ambiente o de los servicios públicos y otros análogos".

En el capítulo IV "De las normas de aplicación directa" en el artículo 138 TRLS se pretende adaptar al ambiente las construcciones en el que estuvieran situadas. Al lado de agrupaciones históricas, arqueológicas, tradicionales o de conjuntos urbanos de determinadas características la Ley limita al propietario la facultad de edificar si esa construcción difiere con estos conjuntos urbanos. Respecto a la altura de los edificios ocurre lo mismo, en tanto no exista Plan o Normas urbanística que lo autorice no podrá edificarse con una altura superior a tres plantas medidas en cada punto del terreno, sin perjuicio de las demás limitaciones que sean aplicables.

En el caso de la reparcelación (la agrupación de fincas comprendidas en la unidad de ejecución para su nueva división ajustada al planeamiento, con adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados en proporción a sus respectivos derechos, artículo 164 TRLS), no podrán concederse licencias de edificación hasta que sea firme en vía administrativa el acuerdo aprobatorio de la reparcelación de la unidad de ejecución. El derecho del propietario queda limitado impropiamente:

"El derecho de los propietarios será proporcional a la superficie de las parcelas respectivas en el momento de la aprobación de la delimitación de la unidad de

ejecución. No obstante, los propietarios, por unanimidad, podrán adoptar un criterio distinto" (artículo 166 TRLS).

8.- ESTUDIO DE LAS LIMITACIONES MÁS CONTROVERTIDAS

8.1.- LIMITACION QUE PROVIENE DEL PLAN URBANISTICO

Una de las limitaciones a las que se ve sometido el Derecho de Propiedad es la sujeción al plan de Urbanismo. Los problemas que pueden surgir de la relación Ley del Suelo, planes de urbanismo, propiedad privada, no deben resolverse a partir de afirmaciones genéricas sobre el contenido de la Ley del Suelo. En esta Ley existen preceptos que son abstractos y concretos. La mayor o menor amplitud del radio de sus arcos normativos es diferente, según la clase de suelo, su calificación y de otros factores ¹.

Los planes de urbanismo son reglamentos y como tales desarrollan las leyes que configuran o limitan a la propiedad. De otra manera no podrían regular esta materia reservada por la Constitución a la ley. Pero este punto es problemático: se presenta la cuestión de si el Plan puede regularlo todo o esto realmente no es así y tiene limitaciones en su contenido.

La propiedad urbana se configura jurídicamente como una propiedad vinculada por los planes de urbanismo y por la ley. En la época actual, marcada por el intervencionismo en el suelo, una de las formas o cauces para plasmar la actividad administrativa es la planificación ². La Administración no sólo "interviene" en la actuación de los particulares, sino que tiende sustancialmente, a dirigirla.

¹ BOQUERA OLIVER, V. "Derecho urbanístico local...". p. 59.

² VILLAR EZCURRA, J.L. En torno a la naturaleza jurídica de los planes de urbanismo en "Revista Derecho Urbanístico", nº. 64. p. 13. julio-agosto-septiembre, 1979, que supone una reflexión sobre la difícil naturaleza de este instrumento legal.

La utilización de un instrumento relativamente nuevo como es el Plan en todas sus manifestaciones hace posible regular este sector disperso que es el urbanismo.

Si se admite la diferente clasificación de las normas no existe razón alguna para negar diferentes formas de entender y aplicar la difícil técnica de la planificación.

La sujeción que indica para los particulares el plan urbanístico es peculiar. Es el tema que interesa ³: de qué forma repercute el plan sobre los particulares que son, a la postre, los destinatarios inmediatos de los Planes, y a quienes sus determinaciones afectan de modo directo.

La limitación que supone el Plan se produce en un doble orden de cosas ⁴. En primer lugar y de forma inmediata por medio de su propio contenido que afecta claramente a sus derechos (artículo 11 del Reglamento de Planeamiento). En segundo lugar la vinculación de los particulares al Plan Director se manifiesta de forma mediata a través del condicionamiento que éste supone para la redacción del correspondiente Plan General Municipal, respecto del cual se verá directamente implicado.

Pero son las propias limitaciones que establece un Plan las que son características, sin duda, porque el propio Plan también lo es. La técnica de la planificación consiste en que el "Plan urbanístico, en contraposición a la abstracta e igualitaria ordenación de la propiedad por ley,

³ VILLAR EZCURRA, J.L. "En torno a la naturaleza...". p. 77.

⁴ MARTIN BLANCO, J. "Los Planes Directores Territoriales de Coordinación en la nueva Ley del Suelo". Madrid: Ministerio de la Vivienda, Publicaciones, 1975. p. 74.

singulariza y concreta para cada parcela de terreno planeado un tipo concreto de utilización y establece unas limitaciones" ⁵.

La Ley del Suelo se contrae a habilitar legalmente la figura del Plan, y a él remite todo el proceso de concreción de la regulación sustantiva en función de unos datos fácticos que el propio Plan selecciona, acepta y valora discrecionalmente como relevantes y exigibles social y jurídicamente. La Ley establece unas limitaciones, en principio, no temporales pues durarán hasta que la misma sea derogada. La Ley supone un marco exterior para que cada Plan en concreto lo rellene con un mínimo de prescripciones. El fenómeno planificador se ha visto también matizado por ejemplo, con la existencia de las Normas Complementarias y subsidiarias del planeamiento que tienen el rango jerárquico del Plan que complementen o sustituyan (artículo 73 del TRLS). La complementariedad de los planes existentes puede contener una regulación paralela y concurrente a la del propio Plan y en su caso de contradicción entre ambos, la resolución de la prevalencia de uno u otro instrumento puede comportar conflictos jurídicos de importancia.

La norma realiza una regulación abstracta de cierto sector social. En el Derecho de Propiedad urbana la norma sigue manteniendo sus caracteres tradicionales. La Ley del Suelo y sus Reglamentos no son más que leyes marco en cuanto que vienen a establecer tan sólo los requisitos para la elaboración y aprobación de los Planes y el contenido de los mismos.

El Plan, frente a la norma, destaca por sus concretas determinaciones, la propiedad privada queda vinculada a lo dispuesto en el planeamiento, tanto por lo que se refiere a su destino como

⁵ GARCIA DE ENTERRIA, E. Nota en la obra citada de Villar Ezcurra. "En torno a la...". p. 81.

al tráfico de la misma ⁶. Los instrumentos de planificación vienen a completar la regulación concreta de cada supuesto de hecho de forma tal que permite un acercamiento, casi tangente entre el grupo-normativo (integrado por el conjunto norma-plan) y la realidad que trata de conformar ⁷.

Otra característica de las limitaciones legales "normales" es que debe existir una coordinación entre la Ley y el Ordenamiento. La coordinación a la que obedece el Plan no es la misma. El Plan para llegar a tener eficacia --y por tanto, un resultado tangible frente a los particulares-- debe estar coordinado con otros Planes superiores ⁸.

Por tanto, las limitaciones del Plan obedecen a tres criterios: temporal, espacial y coordinación. Al que se puede añadir la especialidad ⁹. La necesidad de una planificación flexible, es uno de los fundamentos conceptuales de la existencia de Planes Especiales. Ello ha llevado consigo una revalorización de la planificación especial frente a la general.

Un plan es un documento complejo, compuesto de varios elementos, la sujeción comporta que cada uno de dichos elementos imponen limitaciones. Cúales sean estas características es lo que interesa ver con cada limitación.

⁶ "Derecho Urbanístico.(Asistencia técnica al municipio)", 1985. p. 232.

⁷ VILLAR EZCURRA, J. En torno a la... p. 84.

⁸ SEVILLA MERINO, I. "Derecho urbanístico local". p. 176.

⁹ EMBID IRUJO, A. "Derecho urbanístico local". p. 181 y ss.

Lo primero que realiza el plan es la clasificación del suelo y esto como principio general: (artículo 8 TRLS):

"La utilización del suelo y, en especial, su urbanización y edificación, deberá producirse en la forma y con las limitaciones que establezcan la legislación de ordenación territorial y urbanística, y, por remisión de ella, el planeamiento de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los predios".

El texto refleja el artículo 76 de la Ley del Suelo anterior. Depende de dicha calificación las limitaciones y obligaciones impuestas a las facultades dominicales e, incluso, es más correcto decir que depende de dicha calificación el contenido de la propiedad privada en su aspecto de soporte de la edificación ¹⁰.

El suelo urbano, (artículo 10 TRLS) lo constituye aquel que en el "planeamiento general incluya en esa clase por contar con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, debiendo tener estos servicios características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir. También se considerarán urbanos los terrenos que tengan su ordenación consolidada por ocupar la edificación al menos dos terceras partes de los espacios aptos para la misma según la ordenación que el planeamiento general establezca". Estará sujeto de acuerdo con la Ley del suelo a las siguientes limitaciones ¹¹: las específicas que imponga el Planeamiento.

¹⁰ Derecho Urbanístico: "Asistencia...". p. 242.

¹¹ Derecho Urbanístico: "Asistencia técnica...". p. 243.

La genérica de no poder ser edificado hasta que la parcela respectiva tenga la calificación de solar (artículo 14 TRLS), salvo las siguientes excepciones:

- Que se asegure la ejecución simultánea de la urbanización y de la edificación mediante las garantías que reglamentariamente se determinen.*
- Posibilidad de autorizar construcciones para fines industriales en zonas permitidas, cuando la salubridad, seguridad y no contaminación quedaren suficientemente atendidas y el propietario asumiere la obligación de las cesiones obligatorias, mediante inscripción en el Registro de la Propiedad.*

Si el suelo hubiera sido clasificado como urbanizable programado está sujeto a las siguientes limitaciones:

No podrá ser urbanizado hasta que no se apruebe el Plan Parcial correspondiente. Mientras tanto, no se podrán realizar en él obras o instalaciones con las siguientes excepciones:

- Si mediare un Plan Especial.*
- Si se trata de obras provisionales, habrán de autorizarse previo informe de la Comisión Provincial de Urbanismo.*
- Destaca también la prohibición de destinarse los terrenos a usos o aprovechamientos distintos de los señalados por el Plan.*

Respecto al suelo no urbanizable y urbanizable no programado (artículos 15, 16, 17, 18 TRLS de 1992) destacan las limitaciones ¹²:

- Respetar las incompatibilidades de destino (en las construcciones que deben ser destinadas a explotaciones agrícolas).*
- El tipo de construcción será adecuado a su condición de aislada.*
- Se respetarán las unidades mínimas de explotación agrícola.*

Otra característica del actual planeamiento es que supone por la adquisición progresiva de las facultades urbanísticas. La gran limitación es la adquisición de carácter "progresivo" (artículo 23 TRLS). Estas facultades (a urbanizar, aprovechamiento urbanístico, a edificar, a la edificación). En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planeamiento urbanísticos aplicables (artículo 23 TRLS).

De ahí que para la adquisición de facultades es necesario el cumplimiento de una serie de deberes que son diferentes según la clase de suelo en la que nos encontremos. Así en el suelo urbano los deberes son:

- Ceder gratuitamente a los Ayuntamientos los terrenos destinados a viajes, parques, jardines públicos y centros de Educación General Básica.*

¹² Derecho Urbanístico: "Asistencia técnica al...". p. 247.

- *Costear la urbanización.*
- *Edificar los solares cuando el Plan así lo establezca, dentro del plazo que éste señale.*

En el suelo urbanizable programado existen los deberes de:

- *Ceder gratuitamente a favor del Ayuntamiento o, en su caso, del órgano urbanístico actuante, los terrenos que se destinen con carácter permanente a los siguientes fines:*
 - * *Parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas y de recreo y expansión.*
 - * *Centros culturales y docentes públicos y privados.*
 - * *Demás servicios públicos necesarios.*
- *Ceder el 10 por 100 restante del aprovechamiento del sector.*
- *Costear la urbanización y edificar los solares.*

De que se cumplan los deberes y limitaciones establecidos en el artículo 23 TRLS (y siguientes) depende que se adquieran progresivamente las facultades antes indicadas. El aprovechamiento urbanístico (artículo 26 TRLS) así lo indica:

"El derecho al aprovechamiento urbanístico se adquiere por el cumplimiento de los deberes de cesión, distribución y urbanización en los plazos fijados por el planeamiento o la legislación urbanística aplicable, debiendo acreditar los propietarios el cumplimiento de los expresados deberes".

Se ha indicado que el planeamiento urbanístico supone una limitación en tanto clasifica el suelo y ese suelo debe ser utilizado, según sus características. Así también, supone una adquisición gradual de facultades urbanísticas que indican que se han cumplido los deberes y limitaciones que ha creado el planeamiento. Otra característica de esta limitación es la sumisión a una publicidad especial. Dice el artículo 43 TRLS que "todo administrado tendrá derecho a que el Ayuntamiento le informe por escrito, del régimen urbanístico aplicable a una finca, unidad de ejecución o sector". Lo que se está indicando es que el sometimiento por parte del plan a una publicidad especial supone una limitación, una restricción para las facultades del propietario, véase el artículo 43.3 TRLS:

"Los Ayuntamientos remitirán al Registro de la Propiedad que corresponda copia de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 28, a fin de que se tome nota marginal en las inscripciones de las fincas respectivas". (Las notas marginales tendrán vigencia indefinida. Al respecto, art. 309.3 de esta Ley).

En todo momento se tiene conocimiento del grado de cumplimiento del propietario de un predio (según como se le clasifique). Ya se advirtió que el plan por razón de la programación y ordenación del desarrollo urbano que contiene, engendra desigualdades entre los diferentes propietarios; es decir que, en principio, el plan marca las limitaciones del derecho de propiedad, pero la asignación de facultades que efectúa respecto de los diferentes propietarios es enormemente desigual, ya que no todas las fincas incluidas en el planeamiento recibirán un tratamiento idéntico ¹³.

¹³ MUÑOZ MACHADO, S. "Tratado de Derecho Municipal" p. 1735.

La Ley del Suelo, concibiendo al plan como un documento complejo, se preocupa de que los ciudadanos puedan saber exactamente en qué medida las determinaciones afectan a terrenos de su propiedad o cual es el régimen de aprovechamiento urbanístico de cualquiera otros terrenos ¹⁴. A esta necesidad responde la "cédula urbanística" (según el artículo 44 TRLS) que dice: 1. Los Ayuntamientos podrán crear en la correspondiente ordenanza un documento acreditativo de los extremos señalados en el artículo anterior y demás circunstancias urbanísticas que concurren en las fincas comprendidas en el término municipal.

El problema principal que plantea la certificación administrativa que contiene la cédula urbanística es el de concretar si vincula a la Administración, aun en el caso de que sea errónea o inexacta. El T.S. en sentencia de 3 de julio de 1978, y 11 de diciembre de 1984 sostiene que las cédulas o certificaciones urbanísticas erróneas no vinculan a la Administración, pero pueden dar lugar a responsabilidad ¹⁵.

La información urbanística es muy importante en cuanto a la enajenación de terrenos, según el artículo 45 del TRLS:

"El que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el planeamiento, o edificios e industrias fuera de ordenación, deberá hacer constar expresamente estas situaciones en el correspondiente título de enajenación".

En tratamiento que se hace de los planes urbanísticos se destacó su carácter temporal. La Ley del Suelo ha intentado evitar que los planes de urbanismo estén siempre en revisión continua,

¹⁴ MUÑOZ MACHADO, S. "Tratado de...". p. 1793.

¹⁵ MUÑOZ MACHADO, S. "Tratado de Derecho...". p. 1794.

configurando el plan no como un documento rígido, sino flexible, adaptable a las circunstancias urbanísticas que en el futuro puedan darse, como un documento, en fin, capaz de amoldarse a las nuevas situaciones. Se pretende con todo ello que el plan sea relativamente estable, pero ello no quiere decir, sin duda, que el plan sea invariable ¹⁶.

Las modificaciones de cualquiera de los elementos de los planes, proyectos, programas, normas y ordenanzas habrán de sujetarse a las mismas disposiciones enunciadas para su formación. Esto quiere decir que habrá de seguirse el procedimiento general para la elaboración de los planes. El plan está sujeto a una alteración: la limitación que establece la ley se pueden modificar también, pero su procedimiento es diferente. Para que proceda una alteración del planeamiento y una consiguiente indemnización por la revisión o modificación del planeamiento deben ser éstas "antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución del plan" art. 87.2 L.S. de la Ley 8/90. Este requisito sigue vigente pues ya finalizado el plazo total de ejecución del plan ya no existe derecho a la indemnización, como principio general del Derecho Urbanístico. Pasados los plazos que la ley establece o el planeamiento, las facultades urbanísticas se extinguen o se reducen, en los términos que ella establece ¹⁷. *La revisión, por tanto, de los planes consiste en la actualización de los mismos para ajustarlos a la realidad de cada momento. Responde al cambio natural de las circunstancias bajo los cuales se elaboró el Plan que ha de revisarse* ¹⁸.

¹⁶ MUÑOZ MACHADO, S. "Tratado de Derecho...". p. 1799.

¹⁷ BLASCO ESTEVE, A. Indemnización por... en "Derecho urbanístico local". p. 452.

¹⁸ Derecho Urbanístico: "Asistencia técnica al municipio". p. 199.

En resumen, se dice que una de las limitaciones del Derecho de Propiedad es la sujeción al Plan. Un Plan es un documento complejo, compuesto de varios elementos. La sujeción comporta que cada uno de dichos elementos imponen limitaciones. Estos elementos suponen que el planeamiento realiza una clasificación del suelo y de ella depende el régimen de cada tipo de suelo.

Según este planeamiento se cumpla en sus previsiones, el propietario adquiere gradualmente las facultades urbanísticas. Dicha adquisición depende de que se cumplan los deberes que la Ley y el Plan establecen. Las limitaciones que se originan por la Ley son las no temporales (en general), abstractas en cuanto a su aplicación espacial y sometidas a la coordinación con el Ordenamiento con la Ley.

Las limitaciones que establece el plan urbanístico tienen unas características especiales: son temporales, el Plan tiene una duración específica que tenga una vigencia. Respecto al factor espacial al Plan le caracteriza su concreto tratamiento en el espacio físico. Así también el Plan obedece a un diferente coordinación: el Plan debe coordinarse con el superior en cuanto a sus finalidades.

8.2.- LA LICENCIA URBANISTICA COMO LIMITACION DEL DERECHO DE PROPIEDAD URBANA

a) CONCEPTO

b) CARACTERISTICAS DE LA LICENCIA

c) ACTOS DEL PROPIETARIO LIMITADOS POR LA LICENCIA: BREVE DESCRIPCION

d) EFECTO DE LA LICENCIA URBANISTICA SOBRE LA PROPIEDAD URBANA

LA LICENCIA URBANISTICA COMO LIMITACION DEL DERECHO DE PROPIEDAD URBANA

a) CONCEPTO

Las licencias de urbanismo suponen un acto administrativo que se contrae a verificar si concurren las condiciones previstas en el Ordenamiento urbanístico, a fin de que pueda ejercitarse el Derecho de Propiedad. La Jurisprudencia ha reiterado que son una aplicación de las limitaciones urbanísticas que sufre la Propiedad inmobiliaria (sentencias del TS de 7 de octubre de 1988, 10 de octubre de 1988, 7 de noviembre de 1988, 4 de enero de 1990, 17 de abril de 1990...¹.

Se suele definir, con variaciones, la licencia urbanística como un "acto administrativo, normalmente reglado, mediante el que la Administración, generalmente municipal remueve las limitaciones previamente establecidas al derecho de edificación o uso del suelo, previa la comprobación de la compatibilidad del ejercicio de tales derechos con la normativa urbanística aplicable"².

Se trata de un acto administrativo de intervención en la propiedad privada, que reconoce al beneficiario el ejercicio de un derecho establecido en las normas y planes de ordenación urbana. Representan una modalidad de las autorizaciones que entrañan una declaración administrativa

¹ GONZALEZ PEREZ, J. "Nuevo régimen de las licencias de Urbanismo". Madrid: 1991. El consultor. p. 83 y ss.

² ENTRENA CUESTA, R. en "Derecho urbanístico local". p. 352.

que habilita al interesado para llevar a efecto una obra de las características arquitectónicas determinadas en el Plan ³.

Una de las facultades del propietario es usar el suelo con sumisión a las limitaciones legales que imponen las normas urbanísticas que regulan el ejercicio del derecho de la propiedad, de modo que no pueden realizarse obras de construcción, modificación, extinción de edificaciones sin obtener la homologación administrativa anterior. Las licencias poseen una serie de características que señala la doctrina:

a) CARACTER REGLADO.

El otorgamiento de las licencias de urbanismo es reglado. Esta es una nota característica de ellas. Las licencias se concederán de acuerdo con la ley, los planes de ordenación urbana y los principios de la actuación sobre la propiedad urbana, etc. ⁴.

b) NO CREA DERECHOS.

La licencia no crea derechos, se limitan a reconocer el derecho a edificar como preexistente y sólo facultan para el ejercicio del mismo. Por tanto, se trata de caracterizar a la licencia como autorización.

³ ENTRENA CUESTA, R. en "Derecho urbanístico local". p. 353.

⁴ GONZALEZ PEREZ, J. "Nuevo régimen de las licencias...". p. 89.

c) AUTORIZACION REGLADA.

Doctrina y jurisprudencia reiteradamente mantienen, que la licencia es uno de los tipos de autorización reglada, en la que el particular es titular de un derecho previo (de propiedad sobre el suelo) ⁵. La sentencia del TS de 22 de enero de 1982 que cita otras, 21, 28 de abril de 1981 dice que: "La Licencia Municipal de obras no es un acto negocial sino debido... es un acto eminentemente reglado".

La función meramente verificadora que se desarrolla al otorgar --o denegar-- una de estas licencias, determina la posibilidad de volver a solicitarla, a reiterar una petición, sin perjuicio de que la Administración pueda repetir la denegación, basada bien en los mismos, bien en distintos motivos (STS de 28 de abril de 1972).

d) ACTO ADMINISTRATIVO NO NEGOCIAL

Por otra parte la licencia --su otorgamiento-- es un acto administrativo no negocial: son autorizaciones negativas que se concretan a remover un obstáculo legal para el ejercicio de un derecho; si bien excede de una mera calificación ya que la Administración ha de emitir además una voluntad aplicando una limitación, son las normas antecedentes (la Ley del Suelo y Ordenanzas Municipales) las que configuran los límites del derecho del solicitante y la licencia sólo los aplica en cada caso concreto ⁶.

⁵ FERNANDO PABLO, M. "Suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas". Madrid: Montecorvo, 1987. pág. 30.

⁶ Ver VIGNOCCHI: "Gli accertamenti costitutivi del Diritto Administrativo", 1950.

e) ESPECIFICIDAD.

Otro carácter de la licencia urbanística es la especificidad. Significa que el examen de la regularidad del acto proyectado se verifica únicamente a la luz del Ordenamiento Urbanístico y no de la totalidad del Ordenamiento Jurídico: de ahí que la licencia prescinda de relaciones jurídico-privadas, no otorgue derechos en ese campo ⁷.

La caracterización tradicional de la licencia urbanística que supone una de las formas de intervención administrativa de las actividades particulares, concluye afirmando que tal licencia es una autorización reglada que no otorga derechos, simple, en función de control, por operación y de carácter real; por lo tanto se conceden sin perjuicio de terceros.

c) ACTOS DEL PROPIETARIO QUE REQUIEREN LICENCIA URBANISTICA

Es amplia la lista de actos sujetos a licencia que establece el artículo 242 del TRLS de 1992. Indica: 1. "Todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal".

En el número 2º concreta más este principio general: 242.2 "Estarán sujetos igualmente a previa licencia los actos de uso del suelo y del subsuelo, tales como las parcelaciones urbanas, movimientos de tierra, obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda, visibles desde la vía pública y los demás actos que señalaren los Planes..."

⁷ FERNANDO PABLO, M. "Suspensión del otorgamiento..." p. 33.

La competencia para otorgar las licencias corresponderá a las Entidades Locales, de acuerdo con su legislación aplicable.

La licencia, en cuanto autorización, continúa en el género de aquellas que no atribuyen derechos, porque el "ius aedificandi" es atribuido con anterioridad por el cumplimiento de los deberes y cargas que la legislación urbanística impone ⁸. Para conceder una licencia urbanística la Administración verificará dos tipos de examen: el plan y el acto concreto para el que se concede la licencia. El "principio pro libertate" debe regir la concesión de una licencia, en caso de duda sobre la limitación que se le aplica.

La Administración debe motivar los acuerdos denegatorios de estas licencias (artículo 243 TRLS) en cuanto estas denegaciones constituyen una limitación o cercenamiento de los derechos subjetivos de dichos particulares, un acto de gravamen, empleando una terminología conocida ⁹ Para conceder una licencia la Administración debe proceder bajo los principios de "proporcionalidad" y de la "menor restricción", así como el principio de igualdad, aunque bien es cierto que priva sobre éste la legalidad con la consecuencia de que no cabrá invocar dicho principio para pretender el incumplimiento de aquélla.

Cualquiera que sea el tipo de actividad objeto de autorización ha de verificarse su conformidad al Ordenamiento urbanístico aplicable. Esto plantea el problema de la elección de la norma que se debe aplicar como en cualquier conjunto normativo. Doctrina jurisprudencia reiterada se

⁸ FERNANDO PABLO, M. "Suspensión del otorgamiento...". p. 36.

⁹ ENTRENA CUESTA, R. "Derecho urbanístico local". P.355.
GONZALEZ PEREZ, J. "Nuevo régimen de las licencias de urbanismo".
2ª Ed. Madrid: Abella, 1992. p. 134.

había pronunciado a favor de la ordenación vigente al incoarse el procedimiento (STS de 27 de octubre de 1979, STS de 20 de febrero de 1980, STS de 9 de mayo de 1986...) y no al tramitarse el expediente, sí al concederse.

El Tribunal Supremo ha declarado:

"Aun partiendo de la calificación no urbanizable de los terrenos, no puede concluirse que la licencia no sea perceptiva y que sea procedente, por tanto, el cerramiento sin cumplir este requisito de control, porque el TRLS afecta tanto al suelo rústico como al urbano y su artículo 178.1, incluye entre las obras necesitadas de licencia, no sólo las edificaciones, sino también los actos de simple uso del suelo, como los movimientos de tierra, concepto que figura en primer lugar en la valoración de la cerca..." (STS de 26 de diciembre de 1984).

Para todo tipo de actuación en el suelo:

"El artículo 178 del TRLS exige la obtención de previa licencia para los efectos de utilización del suelo; consecuencia de ello, y estando acreditado que el terreno donde el recurrente realizaba su actividad industrial tenía el carácter de urbanizable no programado, no podrá autorizarse el uso clandestino del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.1 TRLS..." (STS de 18 de marzo de 1986).

La Jurisprudencia también ofrece criterios de delimitación conceptual con respecto a los actos de previa licencia:

"La delimitación del ámbito conceptual de la necesidad de previa licencia, en función de los efectos urbanísticos, tal como resulta del art. 178 TRLS, encuentra su base en la naturaleza de obra, como así lo acredita su relación o enunciado descriptivo en el precepto legal, incluyéndose en el mismo la clase conceptual de movimientos de tierras, de evidente comprensión de las obras que exigen la perforación de un pozo y su incidental reprofundización, ya que corresponden al uso del suelo en el término municipal y ello es efecto urbanístico sometido a la regulación normativa pertinente al interés público o finalidad determinante" (STS de 28 de octubre de 1985).

La Jurisprudencia tiene un concepto amplio de los actos sometidos a licencia:

"Dispuesto por el artículo 178 TRLS que estarán sujetos a previa licencia, a los efectos de la propia ley, los actos de edificación y uso del suelo... ninguna duda cabe que, en el caso de autos, el supuesto planteado es subsumible en las anteriores previsiones, toda vez que por el actor se procedió a la demolición de edificaciones existentes, aunque de ellas diga que se encontraban prácticamente derruidos, sustituyéndolas por una nave apta para sus necesidades, cuales eran la guarda de maquinaria agrícola...".

Se establece el concepto de licencia como aplicación de las limitaciones del Derecho de Propiedad Urbana:

"La exigencia de licencias para obras menores está comprendida en el RSCL, artículo 9.5 y el vallado, como forma de uso del suelo, debe conformarse a la normativa urbanística aplicable, sin perjuicio de la facultad que el artículo 388 del Código Civil confiere a los propietarios de cercar o cerrar sus fincas, que

como todas las demás de la propiedad se hallan sujetas al cumplimiento de las limitaciones y condicionamientos impuestos por la ordenación legal del suelo, y que integran el normal contenido de la propiedad, cuyo derecho de gozar y disponer de una cosa se halla condicionado por las limitaciones que impongan las leyes, artículo 348 Cc". (STS de 24 de enero de 1987 y de 31 de mayo de 1986).

La Jurisprudencia ha concretado todavía mas el concepto amplio de los actos sometidos a licencia:

"El artículo 178 TRLS no establece un sistema de "numerus clausus", sino que, por el contrario, expresa de forma ejemplificativa qué actos se encuentran sujetos a solicitud y obtención de licencias de obras previas, de los que pueden inducirse, por ello... que sujeta a licencia cualquier construcción o instalación de nueva planta, existen dos notas: la edificación y el uso del suelo..." (STS de 28 de julio de 1989).

Pero, sin duda, el tema que interesa es saber cómo la licencia afecta a las facultades del propietario y las limita, es decir, el efecto que produce la concesión o denegación de una licencia como limitación del Derecho de Propiedad.

d) EFECTO DE LA LICENCIA SOBRE LA PROPIEDAD URBANA

De no necesitar licencia urbanística, se podría proceder en el inmueble libremente sin limitaciones, según la clasificación del suelo. La Ley 8/90 la licencia en la facultad de edificar se configura como un derecho que se adquiere mediante el cumplimiento sucesivo de los deberes que la ley establece. A una actividad realizada sin licencia, le faltará legitimación. Lo que no

supone necesariamente que no se ajuste al Ordenamiento, sino únicamente que no ha cumplido el requisito previo de homologación que se verifica a través de la licencia ¹⁰. Por lo que podrá quedar legitimada por el otorgamiento ulterior de la licencia, siempre que se cumplan los requisitos del Ordenamiento.

Hay que señalar, que en la medida en que el planeamiento urbanístico afecta a la propiedad del suelo "particularizadamente" y no por vía de limitaciones legales, la licencia de urbanismo parece alejarse de la típica autorización de policía ¹¹.

Desde un punto de vista de teoría general, el ejercicio del derecho de propiedad urbana está, para su titular sometido a una carga: la de someter a la Administración el proyecto. Si el particular no procede a levantar esta carga el ejercicio será ilícito. Entre los efectos típicos de la licencia se encuentra el llamado legitimador ¹². Cada licencia desplegará su eficacia propia. El artículo 20 de la Ley de 8/90 de nuevo régimen urbanístico, condiciona la adquisición del derecho a edificar a un doble requisito: formal y material.

Es necesario que el proyecto presentado fuese conforme con la Ordenación urbanística aprobada. En caso de denegación legal de la licencia resultará de extrema importancia el momento en que se notifique la denegación motivada, para poder dentro del plazo subsanar y

¹⁰ GONZALEZ PEREZ, J. "Nuevo régimen de...". p. 244.

¹¹ FERNANDO PABLO, M. "La suspensión del otorgamiento...". p. 36.

¹² GONZALEZ PEREZ, J. "Nuevo régimen de licencias...". p. 245.

rehacer el proyecto inicialmente presentado. Caso de haber concluido dicho plazo, cabría entender que se ha producido la "falta de adquisición del derecho a edificar".

Por ello la licencia hay que solicitarla dentro del plazo. Si no se solicitare así la ley prevé unos efectos, negativos para las pretensiones del propietario. Es respecto al administrado cuando la licencia despliega sus efectos. La infracción de una licencia y la actividad del propietario contraviniendo lo que en ella se dispone puede determinar el que la Administración puede utilizar cuantos medios de ejecución forzosa prevé el Ordenamiento jurídico para hacer prevalecer el contenido de la licencia y eliminar de la realidad lo no legitimado en ellas. El TRLS prevé las actuaciones de la Administración conducentes a conseguir un ajuste de las actividades de los propietarios y las licencias y Ordenamiento urbanístico aplicable.

Ello afecta de una manera directa en su actividad al propietario. La ley además prevé un resarcimiento de daños a los que como consecuencia de una infracción urbanística sufrieren daño o perjuicio podrán exigir de cualquiera de los infractores, con carácter solidario, el resarcimiento e indemnización. Para la Administración la concesión o denegación de la licencia que infringiese el Ordenamiento Jurídico, le obligará también a indemnización los daños y perjuicios ocasionados, dice el artículo 21 de la Ley 8/90.

La licencia legitima el ejercicio de las facultades que integran el derecho de propiedad, y, cuando se trata de la licencia para edificar, según el art. 20 de la Ley 8/90 determina la adquisición del derecho. La licencia supone el nacimiento de un derecho subjetivo a favor del administrado.

En tanto no se produce la anulación de la licencia o su extinción en el supuesto del artículo 16.1 del R.S. legitima y ampara la actividad del propietario a que la misma se refiere. Llega a ser tal la aplicación de las limitaciones del derecho de propiedad que una vez anulada la licencia,

desaparece la eficacia legitimadora y procede la demolición de la obra ejecutada, salvo que sea posible una ulterior legalización por licencia posterior que de modo parcial o total pudiera impedir la demolición. Ahora bien, los efectos se limitan a la relación entre la Administración y el sujeto autorizado, sin modificar las situaciones jurídicas privadas entre éste y las demás personas (cláusula "salvo iure terti", "salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros", arts. 10 y 12 RSCL), Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 ¹³. Por consiguiente si el tercero interesado entiende que quien debía obtener la licencia era él y no el beneficiario, ha de impugnar el acto de concesión.

La licencia legitima al propietario una actividad en cuanto se ajuste a las condiciones impuestas por aquélla. Si la obra no se ajusta e infringe la licencia, nos encontramos ante un supuesto de obra abusivo que determinará la responsabilidad del peticionario de la licencia, del propietario, del empresario de las obras y del técnico director de las mismas. A tal efecto, habrá que estar al proyecto autorizado por la licencia y, en su caso, a las modificaciones que en el mismo pueda introducir la licencia, la actividad debe ajustarse en todo a la licencia. No podrá excederse de lo que ella dispone (vg. construir un edificio de mayor altura que la autorizada) ni hacer algo menor o distinto a lo que se estableció en la licencia ¹⁴. Por ello, la actividad de intervención de la Administración no se agota en el otorgamiento de la licencia: debe vigilar el ejercicio de la actividad, a fin de que se realice dentro de los límites de aquella, pudiendo reaccionar frente a cualquier transgresión y evitar una obra consumada.

¹³ LOPEZ PELLICER, J. "Derecho administrativo". Murcia: 1989. p. 574 y ss.

¹⁴ ENTRENA CUESTA, R. "Derecho urbanístico local". p. 358.

Por otra parte, la licencia viene delimitada subjetivamente en dos aspectos distintos: en cuanto crea una relación jurídico-administrativa entre la Administración concedente y el particular (el propietario). Es lo que la doctrina llama límite subjetivo de la licencia ¹⁵.

Vistos los límites objetivos (en cuanto a las obras que se pueden realizar) y subjetivos (en cuanto a las personas que pueden realizarlas) también se plantean los llamados límites temporales. Dentro de la limitación que supone la licencia se encuentra como todo acto administrativo otorgada por un tiempo determinado. Despliega sus efectos desde un momento determinado y continúa produciéndolos hasta que cesa la eficacia.

En principio, la regla general sobre comienzo y término de la eficacia de los actos administrativos puede aplicarse a las licencias. La licencia como autorización previa al ejercicio de una actividad produce efectos para el futuro. No obstante, puede producir efectos retroactivos legitimando la actividad realizada con anterioridad. Dentro de estos efectos que se suscitan por la aprobación de la licencia urbanística para las facultades del propietario ¹⁶ se encuentra la decisión de la Administración como causa de extinción de la licencia. Un acto administrativo es el que priva de efectos a otro anterior. Esta extinción de un acto administrativo por otro posterior puede tener lugar:

- Por motivos de oportunidad (sin o con indemnización).*
- Por motivos de legalidad.*

¹⁵ GONZALEZ PEREZ, J. "Nuevo régimen de licencias...". p. 256.

¹⁶ GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a la Ley...". p. 1769.

-- *Revocación por cambio de circunstancias o adopción de nuevos criterios de apreciación.*

La Ley del Suelo posee unas directrices en sus preceptos sobre todas las obras de edificación sin licencias o sin ajustar a sus determinaciones en curso de ejecución (artículo 248 TRLS). Así también cuando dichas obras ya están terminadas, el Ayuntamiento, dentro del plazo de cuatro años a contar desde la total terminación de las obras, adoptará, previa la tramitación del oportuno expediente (artículo 249 TRLS). En estos preceptos se puede observar también la dependencia de las licencias con respecto al planeamiento urbanístico. "Si la calificación fuera disconforme con el planeamiento, se dispondrá su demolición" (artículo 249.b TRLS. En estos preceptos, se observa que la legislación urbanística tiene una fuerza coactiva directa, tangible y ajena ya al tratamiento doctrinal por parte del estudioso.

Así en la suspensión de licencias y paralización de obras (artículo 253 TRLS) 1: "El Alcalde dispondrá la suspensión de los efectos de una licencia u orden de ejecución y consiguientemente la paralización inmediata de las obras iniciadas a su amparo, cuando el contenido de dichos actos administrativos constituya manifiestamente una infracción urbanística grave".

Por tanto, la licencia urbanística, que en el actual Derecho Urbanístico constituye un acto administrativo del tipo "autorización reglada, simple, por operación, real y en función de control", incide sobre una facultad (el "ius aedificandi") que pertenece, per se, al propietario del suelo ¹⁷. La determinación del contenido de aquella facultad es resultado de una potestad pública (la de planeamiento) que no actúa por vía de limitaciones generales, sino particularizadamente a través de las técnicas de clasificación y calificación del suelo y, en consecuencia, la mera invocación del derecho de propiedad sobre el suelo no legitima la obtención de licencia.

¹⁷ FERNANDO PABLO, M. "Suspensión del otorgamiento..." p. 183.

La licencia ocupa un nuevo papel como el medio de control del respeto al estatuto a que se somete la titularidad del suelo, formalmente (respecto al régimen urbanístico aplicable) y materialmente (respecto al aprovechamiento urbanístico). La licencia funciona como aplicación de las limitaciones del suelo para el propietario y como título legitimador del resultado pretendido por el mismo ¹⁸. El propietario del suelo o titular de un derecho apto para legitimar la apropiación del "ius aedificandi" es titular de un derecho a la obtención de la licencia que se origina una vez que el particular ha cumplido los deberes y cargas a los que el Ordenamiento Urbanístico condiciona la definitiva atribución del aprovechamiento. El derecho a la licencia se ve, de forma obligada, relacionado con el "ius variandi" del planeamiento vigente que conlleva la potestad del planeamiento en cuanto que la Administración, que puede conformar el "ius aedificandi" puede también modificar aquella determinación.

El derecho a la licencia se debe poner en relación con el planeamiento sobre todo en fase de reforma del planeamiento y régimen urbanístico vigente. Este derecho queda sometido a un especial derecho transitorio representado por la suspensión del otorgamiento de licencias. La licencia urbanística, supone un acto administrativo de intervención limitativo del derecho de propiedad, mas hay que matizar que la seguridad del propietario ha tenido que ser tenida en cuenta. Muchos temas (otorgamiento, procedimiento del otorgamiento, impugnación, suspensión de licencias...) son estrictamente de Derecho Administrativo y para el fin propuesto no serían de validez ejemplificadora en este sentido. Así tampoco el régimen sancionador urbanístico que se aplica en casos de infracción administrativa tenía para nosotros, conexión directa (vg. artículos 248 a 250 del TRLS...).

¹⁸ FERNANDO PABLO, M. "Suspensión del otorgamiento...". p. 187.

8.3.- EXPROPIACION URBANISTICA:

a) (CULMEN DE LAS LIMITACIONES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD):

b) FUENTES NORMATIVAS

c) EL TEXTO REFUNDIDO: NUEVOS PRINCIPIOS

d) CUANDO SE EXPROPIA EL SUELO

e) SUJETOS DE LA EXPROPIACION

f) CAUSA DE LA EXPROPIACION

g) PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

8.3. - LA EXPROPIACION URBANISTICA COMO EL CULMEN DE LAS LIMITACIONES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD.

Cuando se dictó la ley de 16 Diciembre de 1954 de Expropiación forzosa el propósito del legislador fue antiunitario: regular una expropiación urbanística al lado de las especiales, en lugar de un procedimiento que se presentara como único, consciente ya de la complejidad del problema.

Su justificación se encontraba en el objeto y en la finalidad, pues el suelo es un bien peculiar y característico y a ello se unía el sentido finalista que procede de estar afectado por el instrumento de la planificación urbanística, para conseguir una ordenación del territorio "racional" y "justo".

Ello determinaba una serie de particularidades en un doble sentido: formales o de procedimiento y sustanciales o de valoración

Esta situación fue criticada, precisamente porque se producía una diferente valoración del suelo, en función de la causa de expropiación, del dato de la legislación reguladora del supuesto expropiatorio en concreto que se tratara.

Una de las innovaciones más destacables de la ley 8/90 que ha pasado al texto Refundido de 1992, ha sido aplicar unos criterios de valoración comunes no solo en el supuesto de expropiación con finalidad urbanística sino cuando haya de recaer sobre el suelo. Surge, en este sentido, la expropiación del suelo por finalidad urbanística o no urbanística como una modalidad de la expropiación.

Según el artículo 73 de la ley 8/50 los criterios de valoración del suelo contenido en la presente ley regirán cualquiera que sea la finalidad que motiva la expropiación y la legislación urbanística o de otro carácter que la legitime.

a) FUENTES NORMATIVAS

Con anterioridad a la ley, existía un bloque normativo en el cual la preferencia de las normas era la siguiente: El texto Refundido de la ley del suelo de 9 de Abril de 1976; y a falta del Plan General era la ley de 21 de Febrero de 1962 y a falta de plan parcial el Decreto de 21 de Febrero de 1963, los Reglamentos de la ley del suelo (el de Gestión Urbanística de 25 de Agosto de 1978), el Real Decreto-ley 16/81 para valoraciones y la ley de expropiación forzosa, que era supletoria.

Esta legislación se consideró insuficiente y así la Exposición de Motivos de la ley 8/90 de 25 de Julio indica: la complejidad del problema, la necesidad de un conjunto coordinado de medidas legales, fiscales y de planteamiento, la delimitación constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas la permisividad del régimen anterior para los propietarios y la rigidez de la administración. Se promulgó la ley de 25 de Julio de 1990 nº8/90 sobre la reforma del Régimen Urbanístico y valoraciones del suelo, que deroga los preceptos de la vigente ley del suelo y reglamentos de su desarrollo en lo que se opongan a lo establecido en ella y, en especial, los referentes a la valoración del suelo. No se refiere pues a todos los elementos del Derecho urbanístico, se trata de una ley correctora que se inspira en el Texto Refundido en su espíritu. Para los municipios de más de 25.000 habitantes la ley en cuanto al instituto expropiatorio es de aplicación inmediata. Las Comunidades Autónomas pueden excluir o incluir de la aplicación a los municipios cuando las circunstancias lo aconsejen; en según establece la Disposición Adicional Primera de la ley 8/90.



b) APLICACION DE LA LEY Y SUS NUEVOS PRINCIPIOS

La ley es aplicable cuando la expropiación es Urbanística. En este caso se trata de ejecutar planes o actuaciones aisladas en el suelo con finalidad de preparando para su aprovechamiento urbanístico y la edificación. Ello en la ley 8/90 estaba reflejado en los artículos 78 al 80 de la ley. Dos son los tipos de expropiaciones que se distinguen:

- 1º Expropiación como sistema de actuación*
- 2º Expropiación aislada*

La primera es un conjunto de expropiaciones sobre un área: (la unidad de ejecución), que hay que delimitar. La comunidad de afectados contribuye a los gastos de urbanización.

El artículo 206 del TRL se titula "Supuestos expropiatorios": 1. la expropiación se aplicará:

- a) Cuando se haya establecido este sistema para la unidad de ejecución correspondiente.*
- f) Por incumplimiento de la función social de la propiedad.*
- g) En los demás casos supuestos legalmente previstos...*

En cuanto a la segunda expropiación (aislada) en ella se actúa individualmente sobre propietarios y parcelas. Puede operarse también sobre áreas, pero ya no es un sistema, porque lo que se pretende es la obtención de suelo y no la contribución de los interesados a los gastos de urbanización. Los supuestos expropiatorios en este caso, también son variados (expropiación-fomento)y, en general, como cláusula abierta en los demás supuestos legalmente previstos como en el apartado (g)

c) CUANDO SE EXPROPIA EL SUELO

Los supuestos de expropiación tienen como fin la ordenación urbana. Pero aunque la expropiación no tenga la finalidad urbanística, los criterios de valoración de la ley se aplicarán si la medida recae sobre suelo, sea urbano o rústico (artículo 73 de la ley 8/90).

Por expropiación urbanística hay que partir de un criterio formal ¹. Por expropiación urbanística se entiende aquella que se lleva a cabo para la ejecución directa de los planes de ordenación urbana y en relación con obras y servicios incluidos en el plan. Solo en este caso el instituto expropiatorio se preve calificar de urbanismo. En ella se sigue el esquema tradicional en cuanto a los elementos de la expropiación.

d) SUJETOS DE LA EXPROPIACION

Una de las particularidades de la expropiación urbanística es la amplitud de los beneficios de la misma. Además de la Administración, podrán actuar persona subrogados en las facultades del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales para la ejecución de planes u obras determinadas, dice el artículo 214 TRLS.

La ley 8/90 establecía además otros tipos de gestión de las expropiaciones en los artículos 78 y siguientes:

¹ ARGULLOL MURGADAS, E. "Estudio de Urbanismo". Madrid: 1984. p. 291.

- *La modalidad asociativa, en la cual las Entidades Locales pueden concurrir con otras Administraciones Públicas o particulares de conformidad con la ley que los autorice decía el artículo 76 de la ley 8/90.*
- *La delegación urbanística que admite pero sólo para el mejor cumplimiento de la normativa urbanística.*
- *La subrogación en el ejercicio de la potestad expropiatoria de las Entidades Locales. Sólo puede producirse en caso de pasividad administrativa ante el incumplimiento de los deberes urbanísticos y en un plazo limitado que es el que se tiene para edificar.*

El estado o la Entidad local de que se trate no puede utilizar el poder de expropiación de forma indiferente, sino únicamente cuando se dan los presupuestos previstos por la legislación. Esto es lo que interesa a nuestro tema. Los sujetos que pueden expropiar son los que poseen la potestad administrativa (que les habilita la ley) para ello, basándose en una causa concreta.

e) CAUSA DE LA EXPROPIACION

Desde el punto de vista del Derecho de Propiedad lo que importa es que la "causa expropriandi" se ha ampliado en el Derecho Urbanístico. La Ley de 1990 no abandona el recurso a la expropiación forzosa por razones urbanísticas sino que va más allá que la legislación anterior, generalizando y ampliando el campo por razones de la aplicación. Puede afirmarse que la ablación (supresión o máxima limitación) del derecho de propiedad a través de la expropiación constituye un instrumento normal y ordinario de gestión, de aplicación generalizada ².

² MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la Ley 8/90...". p. 39.

El nuevo Texto Refundido de 1992 aumenta la "causa expropiandi" (ver el artículo 206 TRLS) y por ello en determinados casos en que admite la expropiación el texto puede ser conflictivo si se usa injustificadamente.

La práctica de la gestión urbanística nos viene demostrando que, con frecuencia, es la propia Administración actuante la causante de retrasos y desfases en los planeamientos y en su ejecución por varias razones, ante los cuales al propietario particular no le queda más que el recurso práctico: esperar a que la Administración decida ³.

El Texto Refundido debió prever expresamente aquellos supuestos en que el incumplimiento de los deberes y plazos por el propietario, no es imputable a éste, arbitrar los medios para justificar su no culpabilidad y decretar la improcedencia en tales casos de la expropiación ⁴. Si parece una solución la que ofrece el artículo 208 TRLS: Ejecución de la edificación en los casos de expropiación por incumplimiento del deber de edificar.

2. A tal efecto, (cuando en el plazo de seis meses desde la expropiación de parcelas se incumpliere el deber de edificar), se adoptarán preferentemente modalidades de gestión directa o consorciales y, siempre que el planeamiento urbanístico les hubiera atribuído un uso residencial, deberán destinarse los correspondientes terrenos a la construcción de viviendas al

³ MARTIN BLANCO, J. "Estudio sobre la Ley 8/90...". p. 40.

⁴ MARTIN BLANCO, J. "Estudio sobre la Ley 8/90...". p. 40.

amparo de algún régimen de protección pública. (se incorpora íntegra y exactamente, el texto anterior el del artículo 80 de la Ley 8/90) ⁵.

Si bien es cierto que la ley 8/90 siempre presume una conducta culposa o dolosa del propietario motivadora del incumplimiento, lo que es injusto ⁶.

En el artículo 64 de la Ley del Suelo de 1976 la aprobación de planes y polígonos implicaba la declaración de Utilidad Pública y de necesidad de la ocupación.

En estos actos habilitantes se configura con lo que se llama "hecho expropiable" o el supuesto de hecho que permite aplicar la máxima limitación del Derecho de Propiedad ⁷: la causa expropriandi genérica.

El contenido de estas declaraciones lo proporcionan los que el nuevo texto legal llama "supuestos expropiatorios" que indican cuales son las causas concretas que permiten la aplicación de la expropiación. Después de la Ley 8/90 se puede decir que hay dos tipos de causas de máxima limitación del Derecho de Propiedad: una genérica consistente en que exista una ordenación urbana que necesite ser aplicado a la realidad (antiguo artículo 64 de la Ley

⁵ Para ver concordancias: BOLAS ALFONSO, J. "La nueva Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana". Madrid: Edersa 1993. p. 319.

⁶ MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la Ley 8/90...". p. 41.

⁷ ARGULLOL MURGADAS, E. "Estudio de urbanismo...". p. 292.

del Suelo) y otras específicas cuyo sentido es que dentro de una ordenación general o sectorial, determinados aspectos deban materializarse por medio de la expropiación (art. 206 TRLS) ⁸.

f) OBJETO EXPROPIABLE

La estructura de la expropiación ha de ajustarse a los elementos del procedimiento expropiatorio, uno de los cuales es el tipo de superficie que al propietario se le puede expropiar; este aspecto es fundamental. La doctrina ⁹ distingue entre la expropiación urbanística, que tiene por objeto la ejecución de sistemas generales previstos por el Plan General, de algún elemento de los mismos o de actuaciones aisladas en suelo urbano, de la expropiación que tiene por objeto la urbanización completa de un polígono o unidad de actuación; y un tercer supuesto, que es el caso de la expropiación-sanción, cuando el particular ha incumplido las cargas, que puede ser un incumplimiento individual o bien un incumplimiento por parte de la entidad urbanística colaboradora.

Suele detectarse ¹⁰ en la situación que motiva la expropación-sanción el incumplimiento de la función social de la propiedad urbanística.

⁸ Para ver concordancias: BOLAS ALFONSO, J. "La nueva ley sobre el...". p. 311.

⁹ ARGULLOL MURGADAS, E. "Estudio de...". p. 294.

¹⁰ ARGULLOL MURGADAS, E. "Estudio de...". p. 295.

Pero el TRLS adopta una consideración unitaria del suelo (que ya apareció en la Ley 8/90) que obliga a distinguir dos clases de realidades físicas sobre las que se puede utilizar la valoración indicadora en la Ley:

1. Suelo urbanístico:

Será el comprendido en una ordenación urbana. En esta clase de terrenos la extensión espacial de la expropiación será toda la necesaria par ala finalidad urbanística de la población. Según los artículos 65 a 68 de la Ley del Suelo de 1976, se comprenden no sólo las superficies materialmente ocupables, sino otras zonas subordinadas física o económicamente a esta finalidad como son las obras públicas urbanísticas, los accesos y zonas laterales de influencia, las obras que generen plusvalía y puedan ser gravadas con contribuciones especiales, las regularizaciones, las obras de adaptación cuando se incumplen y la constitución forzosa de servidumbres urbanísticas ¹¹.

2. El suelo no urbanístico:

Por contraposición al anterior es todo el resto del territorio nacional. Entonces la extensión de la expropiación forzosa vendrá determinada por la Declaración de Necesidad de la Ocupación según la legislación aplicable al caso.

¹¹ BLANQUER, M. "Derecho Urbanístico actual". p. 289.

g) EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

En lo que interesa este apartado para nuestro fin, hay que destacar que la tramitación del expediente expropiatorio es la de la Ley General de Expropiación Forzosa; sin embargo la legislación urbanística regula un procedimiento que llama de "tasación conjunta", quizá buscando una mayor rapidez y eficacia en el procedimiento. Este expediente contendrá unas determinadas muy precisas (artículo 219 TRLS). Siempre en este procedimiento se le dará opción al propietario afectado para que formule las observaciones y reclamaciones que estime conveniente respecto a la titularidad o valoración de sus respectivos derechos (artículo 219.2 TRLS). Por ello han de ser informados de todo el procedimiento.

Si no se quisiera el procedimiento de tasación conjunta se empleará el de expropiación individual.

La relación de bienes y derechos de los propietarios afectados ha de ser aprobada por la Administración actuante, pero se abrirá también un período de información pública por plazo de quince días... (artículo 221 TRLS).

Después de la Ley 8/90 se puede decir que:

- En todas las expropiaciones, la Administración actuante podrá aplicar el procedimiento de Tasación conjunta regulado en la legislación urbanística. En virtud de la posibilidad de que la gestión urbanística se realice por las modalidades asociativas o delegadas del artículo 76 de la Ley 8/90, la aplicación de la tasación conjunta puede efectuarse por quienes puedan ejercer potestades expropiatorias encomendadas por la Administración.*

- *Se permite el pago, no sólo en dinero, sino por adjudicación de terrenos equivalentes situados en la misma área de reparto que los expropiados. Se ha de tratar de expropiaciones no motivadas por incumplimiento de deberes urbanísticos, para no fomentar la infracción de los mismos.*

- *Cuando se acuerda la liberación de la expropiación, el beneficiario queda sujeto al cumplimiento de los deberes básicos establecidos en la Ley para lo cual la resolución liberatoria contendrá las necesarias previsiones.*

- *En cuanto a la reversión, los terrenos expropiados se destinan al fin señalado en el Plan (artículo 66 de la Ley 8/90 y actual 225 TRLS). Los bienes pasan a la Administración como consecuencia de la ocupación y entran en el dominio público, dada la finalidad de la adquisición. Cuando se incumple esta finalidad procede la reversión. Procede la reversión siempre que hubieran transcurrido cinco años desde la expropiación sin que la edificación se hubiera concluido o diez sin que lo hubiera sido la urbanización, según el terreno expropiado tuviera o no la condición de solar en aquel momento, dice el artículo 226 del TRLS.*

8.4.- EL APROVECHAMIENTO URBANISTICO COMO LIMITACION DEL DERECHO DE PROPIEDAD: EXAMEN LEGAL

a) CONCEPTO DE "APROVECHAMIENTO"

b) EL APROVECHAMIENTO EN EL DERECHO DE LA PROPIEDAD URBANA: CLASES DEL MISMO

c) FIGURA ANTECEDENTE:

-- EL APROVECHAMIENTO MEDIO

-- CALCULO DEL APROVECHAMIENTO INTERSECTORIAL E INTRASECTORIAL

-- CONVERSION DEL APROVECHAMIENTO MEDIO EN PRECIO Y SUELO

d) EL APROVECHAMIENTO TIPO:

A) CONCEPTO

B) EFECTOS DEL APROVECHAMIENTO TIPO SOBRE LA PROPIEDAD

EL APROVECHAMIENTO URBANISTICO COMO LIMITACION DEL DERECHO DE PROPIEDAD

a) CONCEPTO

El planeamiento urbanístico es un instrumento complicado de aplicación y debe obedecer a un cauce racional. De ahí que se proceda a realizar una delimitación del suelo para permitir esa distribución de cargas y beneficios, tal cual establece el artículo 94 del TRLS:

1. *"Los instrumentos de planeamiento general delimitarán para la totalidad del suelo urbano una o varias áreas de reparto de cargas y beneficios, con inclusión o no de los sistemas generales adscritos o en esta clase de suelo, según disponga la legislación urbanística aplicable.*
2. *Todos los terrenos clasificados como suelo urbanizable y los afectos a sistemas generales adscritos o en esta clase de suelo para su obtención, deberán quedar incluidos en áreas de reparto, cuya delimitación se hará conforme a lo que establezca la legislación urbanística aplicable".*

Todo el territorio es susceptible de aprovechamiento en cuanto entendamos como tal el que ofrece rentabilidad económica o satisfactoria a la naturaleza humana ¹. Es la propia clasificación del suelo al determinar diversas formas de uso la que mueve al urbanista a referirse sólo al aprovechamiento aplicable a terrenos de los que pueden detraerse lucro inherente a la

¹ BLANQUER, M. "Derecho urbanístico actual...". p. 208.

edificación en el suelo urbano o urbanizable, dentro de la acción conjunta de ceder, equidistribuir y urbanizar, prescindiendo de la rentabilidad económica que derive de la propia explotación de la tierra.

Ese aprovechamiento, en el urbanismo no es el que para su terreno libremente hubiera previsto el propietario. De nuevo la actividad urbanística incide en las facultades dominicales. Es un proceso complejo que además predetermina otras consecuencias y parece lógico que primero se centre el planeamiento en la asignación de los aprovechamientos con carácter previo o simultáneo a las otras obligaciones ².

Este concepto no es nuevo y requiere unos conocimientos de carácter técnico-jurídico. El aprovechamiento tipo del que nos habla el TRLS de 1992 es el resultado y mejora del aprovechamiento medio del texto de 1976.

b) EL APROVECHAMIENTO EN EL DERECHO DE LA PROPIEDAD URBANA

Es la utilización del suelo para una finalidad de construcciones ordenadas y dotadas de servicios públicos. Viene dado por la edificabilidad y el resto de los usos a que puede destinarse el suelo en la parte no edificable afectada a servicios.

La edificabilidad que se puede desarrollar en una determinada porción de terreno puede ser medida de dos maneras:

² BLANQUER, M. "Derecho urbanístico actual...". p. 208.

- *Por el volumen de metros cúbicos que pueden construirse por metro cuadrado.*
- *Por los planos que pueden construirse sobre cada metro cuadrado: tres metros cuadrados por metro cuadrado, por ejemplo.*

La primera forma es más rígida: al ser el metro cúbico (m^3) un cubo de un metro de altura, la altitud de la construcción viene determinada en cierto modo: en el volumen de $3 m^3$ por m^2 , la altura sería de tres metros. La segunda forma es más flexible porque permite distinguir ambos elementos y la altura de una edificabilidad de $3 m^3$ por metro cuadrado, podría ser mayor o menor de tres metros, según conviniera. Por eso es el sistema que siguen los Reglamentos de la Ley del Suelo.

*En este intento de familiarización con el concepto de aprovechamiento se pueden distinguir:*³

Aprovechamiento: es la suma de los aprovechamientos lucrativos totales, incluidos los dotacionales privados, asignados por el Plan a cada área de reparto.

Aprovechamiento lucrativo: es el asignado a cada parcela edificable.

Aprovechamiento susceptible de Apropiación: es el que corresponde al conjunto de propietarios del área, o de cada parcela.

³ Como distingue BLANQUER, M. "Derecho urbanístico actual...". p. 252.

Aprovechamiento materializable: se fija siempre entre el mínimo y el máximo que permite el planeamiento sobre cada parcela, debiendo coincidir con el que posee o adquiera su propietario.

Aprovechamiento real: es el efectivamente materializado.

Aprovechamiento patrimonializable: es el aprovechamiento real que el propietario puede incorporar a su patrimonio.

Dentro de esta aproximación se debe partir del promedio de aprovechamientos que consiste en sumar todas las utilizations de un sector (las que el legislador urbanístico ha concedido a este sector) y dividirlo por la superficie de ésta. Es el número de metros cúbicos o metros cuadrados edificables en un determinado sector. Con un ejemplo se puede comprender:

A	-	1.000 m ² y Edificabilidad 5 m ² /m ²	=	5.000 m ²
B	-	2.000 m ² y Edificabilidad 4 m ² /m ²	=	8.000 m ²
C	-	3.000 m ² y Edificabilidad 3 m ² /m ²	=	9.000 m ²
		-----		-----
Superficie		6.000 m ²		22.000 m ²

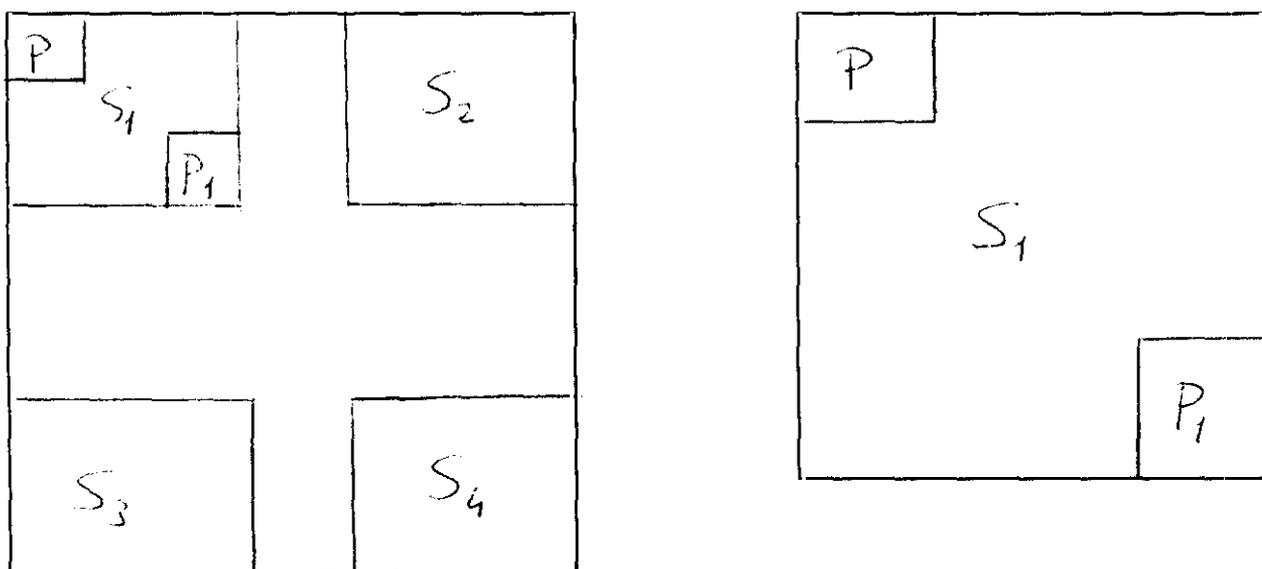
$$\text{Promedio} = 22.000/6.000 = 3,6 \text{ m}^2/\text{m}^2$$

Es un dato aritmético y no elemento jurídico, pero la Ley del Suelo anterior lo ha utilizado como tal para distintas operaciones, sobre todo en las reparcelaciones y compensaciones.

c) FIGURA ANTECEDENTE: EL APROVECHAMIENTO MEDIO

En la Ley del Suelo de 1976 era una técnica correctora de las desigualdades del planeamiento que mide los efectos del Plan sobre el suelo urbanizable programado para repartir adecuadamente los efectos del plan, funcionando como un mecanismo de compensación del desequilibrio de un sector respecto de todo el suelo de nueva urbanización y de las parcelas del sector respecto de éste.

Gráficamente puede representarse de la siguiente manera: ⁴



⁴ Para ver ejemplos CARCELLER, A. "Instituciones...". p. 232.

El cuadrado más amplio es el área planificada S_1 , S_2 , S_3 y S_4 son los cuatro sectores en que se divide. P y P' son parcelas en el sector S_1 . El aprovechamiento medio funciona intersectorialmente e intrasectorialmente: compara un sector (S_1) con todos los terrenos programados del área y dentro del sector la superficie de éste con la de cada parcela: vg. la parcela P .

Esta técnica no se utilizaba ni para comparar un sector con otro: vg. ni con S_2 ...etc. Tampoco para comparar una parcela con otra, dentro del sector: vg. P con P' . Para estos casos se concedía la reparcelación. El aprovechamiento medio es un aprovechamiento garantizado según el método seguido por la ley 8/90. Al promedio de aprovechamientos se le introducen unos índices correctores de comparación por sectores y parcelas que miden sus circunstancias. Es un promedio de aprovechamientos corregidos por modelos de justicia regulados en los reglamentos de la Ley del Suelo.

Los sectores con exceso deben ceder el suelo y los que tengan defecto son rebajados de carga; cada propietario tiene garantizado un aprovechamiento igual al medio del sector respecto de la parcela.

Se concede pues un mínimo edificable garantizado de aprovechamiento del modo establecido por la Ley para conseguir la equidistribución. Las operaciones a que daba lugar eran tres fundamentalmente:

- Calcular el aprovechamiento inter e intrasectorial.*
- Convertirlo en precio (caso de expropiación).*
- Y en suelo (caso de compensación).*

a) Cálculo del aprovechamiento intersectorial.

El procedimiento que se utiliza es básicamente el mismo que para calcular el promedio de aprovechamiento, solamente que el factor que multiplica la superficie de cada sector no es la sola edificabilidad, sino otra serie de elementos que miden el uso sectorial, el grado de utilización, la situación del terreno y otras características. Estos factores se homogeinizan por índices referidos a la unidad y se aplican al suelo edificable exclusivamente, pero no al destinado a servicios públicos. Aplicando estos datos al ejemplo se hallaría:

Sector A: 1.000 m². Edificabilidad (5); uso residencial (coeficiente 1 por ser el de mejor calidad); intensidad de uso (0,8 que corresponde a una edificación media); coeficiente por zona (1), por estar situada en cercanías a la ciudad.

Sector B: 2.000 m². Edificabilidad (4); uso (0,6 por ser un uso industrial); intensidad de uso (0,9 que representa la máxima posible; zona (1), por las mismas razones que el sector A.

Sector C: 3.000 m². Edificabilidad (3); uso (1 servicios); intensidad (1), por aprovecharse toda; coeficiente de zona = 1.

$$\text{Sector A} = (5 \times 1 \times 0,8 \times 1) = 4 \times 1.000 = 4.000 \text{ m}^2/\text{m}^2$$

$$\text{Sector B} = (4 \times 0,6 \times 0,9 \times 1) = 2,16 \times 2.000 = 4.320 \text{ m}^2/\text{m}^2$$

$$\text{Sector C} = (3 \times 1 \times 1 \times 1) = 3 \times 3.000 = 9.000 \text{ m}^2/\text{m}^2$$

$$6.000 \qquad 17.320 \text{ m}^2/\text{m}^2$$

$$\text{El aprovechamiento medio} = 17.320/6.000 = 2,9 \text{ m}^2/\text{m}^2$$

b) Cálculo del intrasectorial.

Se haría el mismo cálculo, comparando el aprovechamiento medio del sector: menos el 10% que se cede obligatoriamente. Esta cifra se multiplica por la superficie de cada parcela; el aprovechamiento real del sector sería la suma de todas las parcelas divididas por la superficie sectorial. Dicho dato se compara con el aprovechamiento de la parcela y si es superior, la parcela debe ceder suelo.

Si es inferior se le distribuyen cargas a la parcela reajustando el reparto de beneficios y cargas de los polígonos en que se divide el sector.

CONVERSION DEL APROVECHAMIENTO MEDIO EN PRECIO

Hay que traducir un coeficiente como es el aprovechamiento medio en precio de suelo por metro cuadrado. Para ello tiene que multiplicarse el valor en venta del m² de edificación por el resultado de dividir el aprovechamiento por las alturas edificables y luego restar el coste de la urbanización y el de cesiones de zonas verdes: Así tendríamos:

Valor en venta del m² de edificación: 3.700 ptas./m².

Aprovechamiento medio del sector: 2,50. Hay que deducir el 10% de cesión gratuita y queda 2,25.

Alturas edificables: 6 m. por ser zona industrial; 2,25 se divide por 6 y arroja 0,37.

La primera operación sería pues: $3.700 \times 0,37 = 1.369$ ptas./m².

El coste de la urbanización se reparte entre todas las parcelas de la superficie, sería vg. de 315 ptas., resultado de dividir el coste entre las superficies.

La segunda operación sería restar $1.369 - 315 = 1.054$.

Las cesiones por zonas verdes representan el 14,69% de la superficie total, que por m^2 importarían 302 ptas., efectuando la misma operación que la de dividir el coste.

La tercera operación sería $1.054 - 302 = 752$ ptas./ m^2 , precio final.

CONVERSION DEL APROVECHAMIENTO MEDIO EN SUELO

Debe efectuarse una proporción entre la superficie que tiene exceso y el aprovechamiento: vg. si el total del suelo tiene 4 de aprovechamiento medio y los sectores A, B, C tienen 5, 3 y 2, respectivamente, las operaciones son:

A --> tiene exceso de $1 = 5 - 4$

B --> tiene defecto de $2 = 5 - 3$

C --> tiene defecto de $2 = 4 - 2$

Si la zona A mide $100 m^2$ de superficie la proporción será _

$100 - 4$

$X - 1 = 25 m^2$ que A debe ceder en favor de otros sectores.

d) LA FIGURA DEL APROVECHAMIENTO TIPO

El aprovechamiento medio tenía varias limitaciones: entre otras, que solamente se aplicaba al suelo urbanizable programado, pero no al suelo urbano, ya consolidado por la edificación. En esta clase de terrenos había que utilizar como remedio de la equidistribución de cargas y beneficios la técnica de la reparcelación, cuyo concepto nos lo da el artículo 71 del Reglamento

de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978: "Se entiende por reparcelación la agrupación o integración del conjunto de fincas comprendidas en un polígono o unidad de actuación para su nueva división ajustada al Plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los propietarios de las primitivas, en proporción a sus respectivos derechos, y a la Administración competente, en la parte que corresponda conforme a la Ley del Suelo y al Plan".

Para evitar este inconveniente se ideó una corrección que permitiese transferir aprovechamientos urbanísticos de masa a otras parcelas. La actuación urbanística se realizará normalmente por unidades de ejecución (ver artículo 143 TRLS) a través de los sistemas de actuación previstos en la legislación urbanística (artículo 148 TRLS) ⁵. Es una directriz esencial de la Ley el tratar de hacer realidad el principio de igualdad garantizando a todos los propietarios de suelo de cada área de reparto el porcentaje susceptible de apropiación del aprovechamiento medio; el ajuste entre éste y el aprovechamiento real permitido ha de producirse no sólo cuando se opere a través de unidades de actuación, que la ley establece, sino al margen de ellas. La técnica consiste en permitir a los propietarios transferir los excesos del aprovechamiento susceptibles de apropiación a aquellos otros propietarios a los que el planeamiento no les permite obtener realmente el porcentaje del aprovechamiento susceptible de apropiación ⁶.

El fundamento de la técnica del aprovechamiento es perfeccionar el aprovechamiento medio. Dicha técnica surgió, con base en las experiencias francesa y norteamericana, a partir de 1977,

⁵ GONZALEZ PEREZ, J "Comentarios a la Ley...". p. 1375.

⁶ GONZALEZ PEREZ, J. "Comentarios a la ley...". p. 1376.

en los instrumentos de ordenación de algunos municipios ⁷ aplicando el aprovechamiento medio a toda clase de suelo y permitiendo mayor facilidad en la transmisión de aprovechamientos.

Con frecuencia se puso de manifiesto la desproporción entre la importancia que el suelo urbano tiene en la actividad urbanística y el vacío legal respecto al establecimiento de instrumentos adecuados para su gestión, utilizando la técnica del aprovechamiento medio.

El funcionamiento de esta técnica de gestión exige como punto de partida que los instrumentos de ordenación --Planes y Normas-- establezcan para la totalidad del suelo urbano o para áreas homogéneas del mismo, un aprovechamiento o coeficiente de edificabilidad (en m²/m²). Este aprovechamiento representa el contenido normal del derecho de propiedad ⁸.

Como el planeamiento asignará desigualmente los aprovechamientos a los distintos terrenos, en función de los usos y volúmenes, cuando el aprovechamiento asignado resulte superior --excepcional o por exceso-- al tipo, será condición previa para poder edificar que los propietarios adquieran la parte que les falta, haciéndola proceder de los terrenos calificados como equipamientos, espacios libres, es decir, de aquellos a los que el Planeamiento ha asignado un aprovechamiento inferior al medio por defecto.

⁷ MARTIN HERNANDEZ, P. El aprovechamiento tipo como componente de la gestión urbanística en el suelo urbano. Conferencia en el Seminario de Derecho Local, organizado por la Federación de Municipios de Cataluña de Barcelona, 27 de octubre de 1989.

⁸ MARTIN HERNANDEZ, P. El aprovechamiento tipo... Publicado ese artículo en "Revista de Derecho urbanístico", 1990, nº 119. p. 83.

La sentencia del TS de 22 de junio de 1981 admitió esta técnica que representa que el aprovechamiento es un elemento desvinculado del Derecho material o físico sobre la parcela que puede ser objeto de regulación autónoma.

EFFECTOS DEL APROVECHAMIENTO TIPO DESPUES DE LA LEY 8/90

Sobre los antecedentes citados y el aprovechamiento medio, el texto legal de LS de 1992 ha utilizado la técnica del aprovechamiento y la ha aplicado a toda clase de suelo urbanizable, evitando las parcelaciones con el correctivo que denomina ajuste de los aprovechamientos. Comparando el aprovechamiento tipo con el aprovechamiento medio, resulta:

Que el aprovechamiento tipo igualmente pretende la equidistribución de beneficios y cargas, pero ahora tanto sobre el suelo urbanizable programado, como sobre el suelo urbano.

-- Se establece intersectorialmente del mismo modo que el aprovechamiento medio, en función de varios elementos similares. Primero se señalan los índices o factores que lo componen y luego se aplican al suelo.

-- El modo de calcularlo varía según se trate de suelo urbano o de suelo urbanizable.

En el suelo urbano se obtiene dividiendo el aprovechamiento posible, real o lucrativo, expresado en metros cuadrados utilizables, por la extensión de la superficie, excluidos los terrenos dotacionales. La técnica es la del aprovechamiento medio. Igual método rige en el urbanizable, pero los planes parciales pueden detallar zonas de usos y tipologías edificatorias por medio de subzonas características. Además, el programa de actuación urbanística puede tener otras determinaciones.

-- *Intrasectorialmente el artículo 37.2 de la Ley 8/90 habla del conjunto de propietarios incluidos en una unidad de ejecución, que es el resultado de calcular un aprovechamiento tipo del área de reparto. Los problemas son los expuestos para el aprovechamiento medio.*

-- *El aprovechamiento tipo es una magnitud supraindividual, que luego debe aplicarse a cada parcela o terreno planificado.*

-- *La conversión de aprovechamiento tipo en precio plantea problemas semejantes a los del aprovechamiento medio.*

-- *Existe una mayor desvinculación del aprovechamiento tipo sobre el derecho de propiedad, porque en lugar de hacerse solamente adjudicación de parcelas edificables o por compensación económica (artículo 17 Ley 8/90), puede efectuarse un ajuste de aprovechamiento por medio de transferencias, que concretan la edificabilidad sobre unas parcelas, dejando otras no aprovechables, previa compensación.*

Con todos estos antecedentes se puede entender el actual sentido de la expropiación del suelo. La Ley de 25 de julio de 1990 parte del criterio de que la valoración del terreno depende de la calificación de éste y del modo como se cumplan los deberes urbanísticos por el expropiado. Se trata de un sistema tasado y oscilante. El precio depende de una consideración jurídica: la calificación y en segundo término de una valoración que no es fija, sino dinámica porque se basa en la conducta urbanística del interesado.

Todo ello hace concebir al aprovechamiento tipo como la superficie construible, del uso y tipología edificatoria característica del área de reparto correspondiente, por cada metro cuadrado de suelo en dicha área ⁹.

El derecho al aprovechamiento urbanístico concedido por la ley al propietario no es un derecho y un valor que hayan ingresado con carácter definitivo en el patrimonio de aquel una vez adquirido por el cumplimiento de los deberes urbanísticos. Su definitivo ingreso depende del cumplimiento de una condición sine qua non, impuesta por la Ley: el ejercicio del mismo dentro de los plazos fijados para ello ¹⁰. *El incumplimiento de los deberes urbanísticos produce un doble efecto: el impedimento de la adquisición de otras facultades (derecho a edificar y derecho a la edificación) ya implica la reducción o pérdida del aprovechamiento* ¹¹.

La Ley 8/90 señala dos valores en los artículos 66 y siguientes: el valor inicial y el valor urbanístico. Sólo hay dos tipos de estimaciones y no cabe una combinación de ellos porque aplicado uno excluye al otro. Tampoco se juega con el precio de mercado, sino que se utilizan los baremos y coeficientes establecidos en la Ley, que ya ha tenido en cuenta la aproximación posible del valor real del mercado al valor fiscal como consecuencia de las rectificaciones del sistema tributario para llegar a ese resultado.

Gracias al aprovechamiento antecedente, el contenido del derecho dominical de cada propietario en el suelo de nueva urbanización no es ya el producto resultante de la aplicación a la superficie

⁹ CARCELLER, A. "Instituciones de...". p. 232.

¹⁰ MARTIN BLANCO, J. "Estudios de la Ley 8/90..." p. 98.

¹¹ MARTIN BLANCO, J. "Estudios sobre la Ley 8/90..." p. 100.

concreta de cada propiedad de las determinaciones de calificación urbanística, sino el derecho a obtener dentro del sector en que se sitúa dicha propiedad el aprovechamiento real equivalente a la aplicación del aprovechamiento tipo (el 90 por 100 del mismo) a la superficie de la parcela concreta originaria (las diferencias entre propietarios no derivan, pues, de las determinaciones del Plan, sino sólo de la distinta dimensión de sus respectivas parcelas o fincas) ¹².

El estatuto urbanístico de la propiedad derivado de la clasificación y calificación del suelo no es --por la naturaleza de la técnica planificadora-- una regulación genérica y abstracta del contenido en aprovechamiento del suelo, sino una ordenación específica de éste en relación a concretos territorios ¹³.

Es algo, por tanto, inevitable que el resultado a que el planeamiento lleva sea una desigual asignación a los propietarios afectados por éste de los beneficios y cargas derivados de aquella ordenación.

Desde la Ley de 1956 se crea un sistema legal de distribución de beneficios y cargas que irremediablemente conlleva el planeamiento. Se pensó primero en la técnica reparcelatoria que lo intentó. Pero en el texto actual de LS de 1992 no es el único instrumento de distribución de esas cargas y beneficios pues potencia más el "aprovechamiento", pero la reparcelación tuvo un alcance muy reducido; ¹⁴ reducción no de la totalidad de las desigualdades originadas por

¹² PAREJO ALFONSO, L. "Derecho Urbanístico". (Instituciones básicas). Argentina: Ciudad Argentina, 1986. p. 154.

¹³ PAREJO ALFONSO, L. "Derecho Urbanístico...". p. 148.

¹⁴ PAREJO ALFONSO, L. "Derecho Urbanístico...". p. 150.

el planeamiento, sino sólo de las constatables en el marco o polígono de actuación. El sistema legal vigente con arreglo a la LS de 1975, mantenía ciertamente, en lo básico, estas características de la reparcelación, pero altera radicalmente los términos del proceso de definición del contenido del derecho de propiedad precisamente mediante la introducción del instituto del aprovechamiento medio. Dicho contenido es el producto de la aplicación a la superficie de cada propietario de un valor abstracto (expresivo del valor medio de las determinaciones sustantivas de calificación urbanísticas: el aprovechamiento medio de todo el sector en que se sitúe la parcela ¹⁵.

Lo que se ha conseguido es que el aprovechamiento tipo actúe no solo en la fase de ejecución del planeamiento, sino en la fase de formulación de éste, en la definición misma del contenido del derecho de propiedad. Logrando así una primera distribución fundamental de los beneficios y cargas del planeamiento. La reparcelación opera en un segundo escalón: en la corrección de las desigualdades que subsisten en el marco de cada polígono o unidad de actuación. Es cierto que la técnica del aprovechamiento no llega a la total equidistribución de las cargas, pero es una importante limitación del Derecho de Propiedad. Contrasta la propiedad urbanística con la de otro tipo, porque en la primera hay una medida coeficientada de su utilización, que no existe en las demás. Esta medida del valor, fijada por la Ley y no por el libre juego del mercado, es la que se aplica en la expropiación urbanística.

¹⁵ PAREJO, L. "Derecho Urbanístico...". p. 152.

9.- EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD COMO BASE DE LAS LIMITACIONES

El principio que había regido el derecho de la propiedad privada desde su formulación por el Código de Napoleón, el individualismo, hacía que su régimen jurídico estuviera estructurado prioritariamente en base a las exigencias del titular se ha visto atenuado y corregido en el Derecho de la Propiedad Urbana ¹.

Todas estas limitaciones que conllevan cargas y deberes urbanísticos deben poseer un denominador común una base sobre la que descansan. La quiebra necesaria del régimen jurídico del Derecho de Propiedad ha consistido en que a través del tiempo, y desde nuestra LS de 1956 el interés de la colectividad ha ido entrando en conflicto con el interés del propietario por el derecho tradicional.

A nivel legal jurisprudencial y doctrinal la propiedad privada es aún hoy un derecho individual "limitado", "condicionado" o subordinado a un interés general ². Por obra de esta atención al interés de la comunidad el derecho de la Propiedad Urbana se ha enriquecido con una serie de instrumentos a través de los cuales se manifiesta: deberes, cargas, cesiones, licencia, el plan, la expropiación... Todos ellos son términos del Derecho de Propiedad Urbana que comportan una limitación en el ejercicio del derecho. Todas estas nuevas figuras, traducen para la mayor parte de la doctrina la vocación social de la propiedad privada, concretada en un término que hizo fortuna en el Derecho de la Propiedad Urbana y en el Civil: la función social. Si se

¹ ESCRIBANO COLLADO, P. "Propiedad privada urbana". p. 95.

² Ver sentencias del TS de 10 de febrero de 1987. ST 22 marzo de 1989, en relación con los planes y la colectividad.

reconoce este principio como fundamental en nuestro Ordenamiento Jurídico en el Derecho de la Propiedad Urbana debía aparecer también la "utilidad pública" y la "función social" que son conceptos diferenciados ³. El primero de ellos equivale al concepto de "interés público", "bien común" o "bienestar de la población" que se encuentran en la base de la configuración de la actividad urbanística como una función pública; en tanto el segundo alude a la exigencia en cada caso del destino urbanístico asignado a una parte de suelo por la función pública urbanística en la ordenación correspondiente, precisamente en aplicación o interpretación de aquellos conceptos de "interés público" o "bienestar de la población" ⁴.

Desde la promulgación del Código Civil puede decirse que la concepción del Derecho ha cambiado sustancialmente, como lo ha hecho a la vez la de los derechos individuales de la persona. El Derecho de la Propiedad Urbana es el que da forma más plena recibe los impactos de las transformaciones socio-económicas de la sociedad. Resulta necesario hablar bajo qué criterio se han creado limitaciones al derecho de la propiedad inmobiliaria. El Derecho y el progreso han de recorrer el mismo camino. Y así lo hacen. Las más de las veces es el progreso, sin embargo, quien deja atrás al Derecho y avanza jurídicamente desamparado con riesgo de desbocarse. Algo así ha ocurrido en el Derecho de la Propiedad Urbana ⁵. Por ello, para el concepto de la propiedad en una etapa concreta se debe legislar sobre unas bases sociológicas anteriores a las jurídicas.

³ PAREJO, L. "Derecho Urbanístico". p. 98.

⁴ PAREJO, L. "Derecho Urbanístico". p. 99.

⁵ SAPENA, J. Título e inscripción en las leyes de Urbanismo en "Revista de Derecho Urbanístico", 1971, nº 24. p. 60

El mundo ha crecido, se ha concentrado, es un mundo industrial que por su alto nivel de vida es un mundo exigente en servicios ⁶.

Toda la legislación del Derecho de Propiedad Urbana está encaminada a que se forme una comunidad de interesados (los propietarios afectados por los instrumentos de planificación) que actúen en común. Es esa idea la que explica la regulación establecida por el Texto Refundido de la Ley del Suelo. El código urbanístico parece requerir una actuación común. Recurre el Derecho en ocasiones a una simplificación de los intereses de los hombres en una comunidad. Los propietarios afectados por la planificación de un determinado sector que se reparten beneficios y cargas se justifica por un principio de solidaridad o Comunidad de intereses. La actuación de los propietarios exige una solidaridad de unos propietarios con otros. Este principio podría llamarse también de Comunidad de intereses.

El Derecho de la Propiedad Urbana no sólo refleja el hecho sociológico que supone el Urbanismo derivado de la agrupación humana. La causa del Urbanismo no es solo colectiva, sino, también, individual, se produce como consecuencia de la sociabilidad natural del hombre. El Derecho urbanístico no puede ser estudiado en la metodología de investigación como un puro formalismo deducido de las leyes que constituyen su regulación normativa. Ha de verse el principio-base de que se regule así determinado sector de la Propiedad.

El Urbanismo legal no ha surgido espontáneamente, sino que como fenómeno jurídico su evolución ha sido por continuidad. Es perfectamente posible reflejar una perspectiva formal del Urbanismo con la realidad socio-económica de cada momento, que es la que lleva al legislador

⁶ MARTIN GAMERO, A. "Expropiaciones urbanísticas". Madrid: 1967. p. 45.

a recoger las directrices sociales que las normas han de expresar. Ello ha de incidir necesariamente en un "nuevo" concepto, sobre unas bases nuevas.

El principio de comunidad de intereses es el núcleo de toda la planificación urbanística. El individualismo en el ejercicio de los intereses es contrario al ordenamiento racional del territorio. Esa solidaridad o comunidad de intereses proviene de las figuras de Derecho privado que el urbanismo ha utilizado ⁷. La finalidad del urbanismo es regular el ordenamiento de la ciudad, lo cual es de interés general. Su fin superior es el bienestar de la ciudad y esto es una fórmula del interés general, ello exige, por regla general, actuar bajo una comunidad de interesados. La propiedad inmobiliaria no es especial por el hecho de someterse a especiales limitaciones ya que en tal caso se encuentran actualmente todas las formas del Derecho de la Propiedad (bienes rústicos, bienes culturales, etc...), pero si debe dejarse claro que el principio de solidaridad o de Comunidad de intereses es su base, la de todas estas limitaciones.

Se rige el Derecho Urbanístico por la eficacia que no se consigue potenciando el interés particular del propietario, sino recurriendo a unidades de actuación conjunta para conseguir la ordenación del territorio nacional. "Se proporciona cobertura legal a una serie de instrumentos jurídicos, cuya utilización por las Administraciones competentes pueda permitirles una intervención eficaz en la regulación del mercado inmobiliario" ⁸.

Este principio de solidaridad es concebido como fundamento de la función social y urbanística de la propiedad nuestra Constitución en su artículo 33 refleja la idea de la solidaridad ante un

⁷ LUCAS FERNANDEZ, F. "Aspectos Civiles de la Ley del Suelo". Madrid: 1963.

⁸ Preámbulo de la Ley 8/90 de 25 de julio.

bien escaso como es el suelo ⁹. El fenómeno urbanístico es jurídicamente complejo. El Ordenamiento jurídico lo contempla hoy desde múltiples vertientes: 1) la necesidad de suelo nuevo para que las ciudades se expandan y permitan nuevos asentamientos, 2) la transformación de ese suelo incorporado en terreno apto para ser edificado; 3) la conservación de la edificación; 4) la rehabilitación de las zonas céntricas de las ciudades para dotarlas de nuevos servicios y mantenerlas en uso; 5) los sistemas de cargas y beneficios para que todas las operaciones urbanísticas se desenvuelvan dentro de los términos equitativos ¹⁰; 6) concebir la propiedad como una de las partes más importantes del desarrollo de la persona humana; 7) Actuar desde el urbanismo para no erosionar los recursos naturales. Así ocurre en la reparcelación, que es el instrumento paradigmático que la Ley del Suelo contempla para aplicar de la justa distribución de beneficios y cargas del planeamiento ¹¹; lo que hace la reparcelación es distribuir de beneficios y cargas, esencialmente, limitado a una unidad espacial concretamente delimitada y dentro de la cual el propietario de suelo tiene derecho a disfrutar de una situación de igualdad con respecto a los demás. Pero lo hace obedeciendo a un principio de eficacia en la conjunción de intereses: el polígono o unidad de actuación es donde se realizan las cesiones que ocasionan lesiones comparativas que se resuelven con la distribución reparcelatoria ¹². Siempre se refiere el Ordenamiento Jurídico de la Propiedad Urbana a los afectados-propietarios

⁹ ESCRIBANO COLLADO, P. "Propiedad privada urbana...". p. 97.

¹⁰ MUÑOZ MACHADO, S. "Tratado de Derecho Municipal". p. 1718.

¹¹ PERALES MADUEÑO, F. "Tratado de Derecho Municipal". p. 1938.

¹² PERALES MADUEÑO, F. en "Tratado de Derecho Municipal...". p. 1941.

como conjunto o comunidad de intereses. Como ejemplo, el artículo 76 del Reglamento de Gestión Urbanística incluye partes interesadas en la reparcelación a:

- a) Los propietarios de los terrenos afectados, es decir a los propietarios de fincas incluídas en la unidad reparcelable, y a los propietarios de terrenos destinados a sistemas generales que deban ser compensados en el polígono.*
- b) Los titulares de derechos reales.*
- c) Los arrendatarios rústicos y urbanos.*
- d) Cualesquiera otros intereses que comparezcan y justifiquen su derecho o interés legítimo.*

Siempre se actúa dentro del principio de solidaridad o de comunidad de intereses. Porque la eficacia ordenatoria del espacio es el móvil del legislador en toda regulación. Aunque el propietario singular también tiene posibilidad de actuar en el sistema urbanístico.

En resumen, dentro del ámbito de los derechos de naturaleza patrimonial, la propiedad urbana constituye un vivo ejemplo de la síntesis y equilibrio de intereses que el legislador efectúa a través del contenido mismo del derecho y de los instrumentos jurídicos que lo encauzan. Por causas conocidas, el suelo se ha convertido en la sociedad de nuestros días en un elemento de tensión, en un punto en el que han confluído grandes grupos de intereses contrapuestos ¹³.

¹³ ESCRIBANO COLLADO, P. "Propiedad privada urbana". p. 184.

Lo más importante de esta ordenación que se pretende es el carácter causal que la atribución del derecho presenta. Su ejercicio sólo se justifica cuando se persigue la satisfacción de alguno de los intereses que han sido tomados en consideración por el legislador.

El Derecho de Propiedad Urbana es un instituto que alberga en su interior privativos de su titular e intereses públicos y sociales. Examinar cuáles son unos y otros, es una tarea minuciosa y poco menos que imposible ¹⁴. Es, por ello, que el urbanismo debe tener en cuenta "comunidades de intereses", siquiera sea por aunar esfuerzos de propietarios y Administración.

El legislador urbanístico debe reflejar esas comunidades de intereses preponderantes. Debe facilitar el acceso a la vivienda, evitar la especulación del suelo, así como la participación en las plusvalías de la comunidad que genere la acción urbanística de los entes públicos. Lo que quiere conseguir es la integración, a través de la propiedad de determinados bienes, de determinados grupos sociales en un nivel de bienestar que se estima inherente a la dignidad de la persona humana ¹⁵.

Se trata de indicar que la compensación de beneficios se produzca entre las comunidades de intereses como uno de los principios-basamento de la legislación urbanística ¹⁶ y la imposición de las limitaciones a este derecho.

¹⁴ ESCRIBANO COLLADO, P. "Propiedad privada urbana". p. 185.

¹⁵ ESCRIBANO COLLADO, P. "Propiedad privada urbana". p. 227.

¹⁶ LUCAS FERNANDEZ, F. Naturaleza, fines y principios generales de la legislación urbanística. Su influencia en el Derecho privado en "Revista de Derecho Urbanístico", nº 3, 1967. p. 13 y ss.

Actualmente, se produce el fenómeno socializable en materias como el Derecho de la Propiedad Urbana en dos frentes: el proceso de transformación de los intereses individuales en públicos y el progresivo multiplicarse de las relaciones de convivencia ¹⁷. La formulación jurídica de las limitaciones del Derecho de Propiedad obedece a este fenómeno. Se trata de concebir un derecho de propiedad que se ajuste a un contexto de crisis económica: paro forzoso, difícil incorporación de la mujer al trabajo, la inmigración del Tercer Mundo, envejecimiento de la población... El número de hogares aumenta por encima del incremento de la población total: de 8,8 millones en 1970 a 10,6 millones en 1980; además el tamaño de los mismos decrece en el mismo período de 3,8 miembros a 3,5, pero los vínculos familiares persisten concibiendo la casa, la propiedad, elemento central de la sociedad ¹⁸.

¹⁷ BOQUERA OLIVER, M. "Derecho administrativo y socialización". Madrid: 1965. p. 11.

¹⁸ Datos del informe "Tendencias sociales en España", 1994. Fundación BBV. 3 Tomos.

10.- ORDENACION DEL TERRITORIO

a) CONCEPTO Y DIFERENCIA CON EL URBANISMO

b) REGULACION LEGAL

c) LA SUPERACION DEL URBANISMO

d) LA FUNCION ECOLOGICA DE LA PROPIEDAD COMO NUEVA PREOCUPACION DEL LEGISLADOR

e) EFFECTO JURIDICO EN LA PROPIEDAD URBANA

a) CONCEPTO Y DIFERENCIA CON EL URBANISMO

Se concibe la Ordenación del Territorio como una acción orientada a la satisfacción de los intereses regionales en la que el objetivo es el logro de un desarrollo equilibrado y general del territorio ¹.

Los instrumentos que se ponen a disposición de la ordenación del territorio son variados: mandato positivo, prohibiciones, información, inversiones públicas, etc...

Especial importancia tienen las técnicas de planificación y programación en la medida en que éstas son decisivas para el cumplimiento de aquella ordenación de fines que le son en todo caso inherentes: la coordinación de las diversas políticas públicas sectoriales con incidencia física, la definición del marco de la planificación urbanística local, la decisión sobre pretensiones concurrentes de utilización del territorio en casos concretos, la previsión y reserva de zonas para la aplicación de políticas de desarrollo económico.

Son necesarios unos presupuestos fundamentales para la adecuada organización de la Ordenación del territorio.

¹ PAREJO ALFONSO, L., JIMENEZ-BLANCO, A., ORTEGA ALVAREZ, L. "Manual de Derecho Administrativo". 2ª Ed. corregida. Barcelona: Ariel, 1992. p. 521.

Para una correcta planificación territorial debe existir una ponderación de intereses operantes y la integración de las políticas públicas. Esta tarea corresponde a la Ordenación del Territorio ².

El Urbanismo está entre esas políticas que tienen que ser coherentes. Esto se traduce en:

- Un proceso de planificación que comprenda la identificación y la determinación de las características de todos y cada uno de los intereses privados y públicos que en el ámbito territorial y material del plan pugnen por ser satisfechos.*
- Una valoración de intereses, es decir la precisión tanto del contenido objetivo de las pretensiones que cada uno de ellos suponga, como la importancia e interdependencia que puedan tener entre los mismos.*

El urbanismo concreta más esta coherencia de políticas de desarrollo en el ámbito inmobiliario.

El elemento básico de referencia de la Ordenación del territorio es el espacio, considerado éste como sujeto y objeto de la actividad humana ³.

Sujeto en la medida en que lo que se entiende por espacio posee unas características (recursos y potenciales) que sirven de soporte básico al desarrollo social.

² PAREJO, L., JIMENEZ-BLANCO, A., ORTEGA ALVAREZ, L. "Manual de Derecho Administrativo". p. 531.

³ SERRANO RODRIGUEZ, E. Teledetección y ordenación del Territorio en "Revista Valenciana de Estudios Autonómicos", Valencia: Generalidad de Valencia, 1986. p. 40.

Como objeto del territorio concebido de soporte básico del desarrollo social. Esta doble dinámica de consideración territorio-espacio como soporte básico a la sociedad en cuanto conjunto de recursos potenciales, y como objeto de transformación en el proceso de satisfacción de sus necesidades por parte de la sociedad, representa el esquema prioritario de entendimiento de la dinámica social desde la perspectiva de la Ordenación del Territorio ⁴.

La ordenación del territorio al igual que toda actividad, presenta necesariamente un componente espacial (en, desde, sobre, etc...) y un espacio determinado, no puede comprenderse un espacio concreto, en cuanto a su grado de transformación, o estado actual, sin una referencia a las relaciones sociales que se han desarrollado o se están desarrollando sobre el mismo ⁵. El espacio o territorio es el marco donde se desarrollan todos los procesos sociales (producción económica, relaciones sociales, etc...) en la medida en que todas las actividades humanas se realizan en un espacio y tiempo concreto.

Los procesos de transformación-producción del espacio tienen dos características básicas: ⁶ son procesos históricos acumulativos y son procesos de producción social.

Su resultado, el de estos procesos de ordenación del territorio define el "estado" del sistema territorial, del que el urbanismo es un efecto: urbes, asentamientos, parcelas, cultivos, etc... y

⁴ SERRANO RODRIGUEZ, E. Teledetección... p. 41.

⁵ SERRANO RODRIGUEZ, E. Teledetección... p. 42.

⁶ SERRANO RODRIGUEZ, E. Teledetección... p. 43.

el modo de producirse y la planificación define el "modelo territorial" y el tipo de "sistema urbano", es decir, el tipo de ciudad ⁷ que resulta de esa transformación.

La ordenación del territorio encierra dos vertientes que le influyen: por un lado es un intento de construcción de una disciplina científica y por otro surge como una práctica para poner fin a problemas cuyo origen se encuentra en una ocupación y un uso desordenado del espacio motivados por los procesos de industrialización, urbanización, transformación física, etc... ⁸.

Supone este concepto de Ordenación uno de los conceptos más imprecisos del Derecho Público. La doctrina ha utilizado con inexactitud los términos macro urbanismo, ordenación urbanística, política territorial, ordenación del territorio ⁹.

El término "ordenación" no responde a un concepto jurídico positivo en nuestro Derecho y además es un concepto moderno, no así el Urbanismo que lleva más de un siglo de acuñación y de fijación de su concepto y contenido ¹⁰.

⁷ Ver para la evolución BLANQUER, M. Ciudad, en "Revista de Derecho Urbanístico", 1987. nº 12. p. 13 y ss.

⁸ CALVO GONZALEZ, J. La fuerza normativa de lo fáctico en materia urbanística en "Revista de Derecho Urbanístico", 1985, nº 92. p. 69.

⁹ ENERIZ OLAECHEA, F. "La ordenación del territorio en la legislación de Navarra". Oñati: Cívitas, 1991. p. 39.

¹⁰ ORTIZ DIAZ, J. Competencias estatales en la Constitución y en los Estatutos de Comunidades Autónomas respecto al sector hidráulico en "Revista para la Administración Pública", 1982, nº 99. p. 40-42.

El concepto se encuentra inspirado en el modelo federal alemán. La mayor parte de la doctrina española ha definido la Ordenación del Territorio a partir del concepto de Urbanismo y como una técnica administrativa próxima al urbanismo y superadora de éste ¹¹.

El legislador francés posee una visión más economicista de la Ordenación del Territorio y se aproxima a la utilización racional de los recursos naturales o en la planificación económica ¹².

Las aportaciones doctrinales son importantes, así:

"El conjunto de acciones esencialmente de carácter público dirigidos a conseguir, en un término definido, la óptima utilización de sus propios recursos ajenos que le sean atribuidos, para que su población pueda desarrollar plenamente sus actividades en forma equilibrada con su propio marco natural y ambiental, así como otros territorios integrados en unidades solidarias de ámbito superior" ¹³.

Existen otras definiciones del concepto de Ordenación del Territorio ¹⁴.

¹¹ MARTIN BLANCO, J. La especulación del suelo en la problemática general urbanística en "Revista de Derecho urbanístico", 1988, nº 7. p. 30-31.

¹² ENERIZ OLAECHEA, F. "La ordenación del territorio...". p. 51.

¹³ LARRODERA LOPEZ: "Urbanismo y Ordenación Territorial". Obra colectiva. Madrid: 1982. p. 15.

¹⁴ CHACON ORTEGA, L. "Catálogo de términos urbanísticos". Barcelona: Bayer hermanos, 1983. p. 107-108.

La doctrina española que ha seguido una línea alemana (concepto estricto de Ordenación del Territorio) o francesa (concepto más amplio) ha destacado como caracteres que diferencian la Ordenación del Territorio y el Urbanismo: ¹⁵

- *Ambito de actuación supramunicipal, cuando este ámbito es el que distingue al Urbanismo, generalmente.*
- *Mayor amplitud de contenido material que el Urbanismo, pues tiene que cohesionar otras políticas públicas.*
- *Formulación de la Ordenación del Territorio a través de la planificación.*
- *En su origen el Urbanismo nace como técnica administrativa de delimitación del derecho subjetivo (contenido de la propiedad). Su origen es iusprivatista que se ve afectado por el interés público y los intereses privados. ¹⁶*
- *La Ordenación del Territorio es una medida política , una técnica de aplicación de principio de carácter económico y social que persigue el equilibrio inter e intrarregional.*
- *En cuanto a los sujetos en el urbanismo se afecta a los particulares y en última instancia, a la ciudad. La Ordenación del Territorio afecta a sujetos públicos y posteriormente, a los privados, en última instancia, a la sociedad regional.*

¹⁵ ENERIZ OLAECHEA, F. "La ordenación del territorio...". p. 54.

¹⁶ ENERIZ OLAECHEA, F. "La ordenación del territorio...". p. 55.

El Urbanismo incide en el suelo casi exclusivamente con independencia de su titular. La Ordenación del Territorio afecta a todos los recursos naturales, en el que el suelo, o mejor aún el territorio es el soporte preciso para otras actividades para ordenar.

Además el Urbanismo no posee ramas de estudio necesarias para la Ordenación del Territorio ¹⁷:

El análisis territorial que es la disciplina científica que tiene objeto conocer y estudiar a posteriori los efectos de todo tipo (económicos, sociales, medioambientales...) que se producen en el territorio para determinar las posibles interrelaciones y después determinar el marco específico en que los resultados de dicho análisis y el consiguiente conocimiento de interrelaciones permiten general previsiones futuras, para que sirva de base a la Planificación Territorial.

La doctrina especializada ¹⁸ distingue --como se anunció-- entre un concepto amplio o máximo en que se concibe como una política vinculada a la planificación económica, al medio ambiente y a la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos que engloba todas las políticas sectoriales que recaban la utilización del territorio y en el que el Urbanismo no es, sino una de las políticas sectoriales.

Junto a él el concepto estricto o mínimo de Ordenación del Territorio que lo presenta como una técnica administrativa que persigue la utilización racional del territorio, y en cuanto tal, engloba

¹⁷ SERRANO RODRIGUEZ, E. Teledetección... p. 40.

¹⁸ ENERIZ OLAECHEA, E. "La ordenación del territorio...". p. 41.

y coordina todas las actividades públicas y privadas aproximándose al concepto tradicional de Urbanismo, como concreción del Ordenamiento del Territorio.

La confusión que se produce en este término obedece a la propia naturaleza de la materia y su relación con otras materias con identidad de objetivos y métodos ¹⁹. Algunos autores han contribuido a la confusión de ambos conceptos, refiriéndose al planeamiento urbanístico como función ordenadora del territorio exhaustiva en cuanto a sus usos, previendo unas necesidades sociales de infraestructuras y equipamiento ²⁰. Otros se refieren a que el Plan urbanístico prevee una Ordenación del Territorio. Otra parte de la doctrina indica que el plan urbanístico tiene una voluntad globalizadora de los usos del espacio y aspira a convertirse en un instrumento que integra perspectivas sectoriales ²¹.

La moderna doctrina, en conclusión, otorga al Ordenamiento del Territorio tres coordenadas básicas ²²:

¹⁹ AVILA ORIVE, J.L. "La Ordenación del Territorio en el País Vasco: análisis, ejercicio y delimitación competencial". Madrid: Cívitas, 1993. p. 31.

²⁰ PEMAN GAVIN: Límites contenidos en el artículo 199.1 de la Constitución Española a las competencias autonómicas en materia de ordenación territorial y urbana en "Revista de Derecho Urbanístico", 1988, nº 167. p. 67.

²¹ QUINTANA LOPEZ, J. Las actividades mineras y la ordenación del espacio en "Revista de Derecho Urbanístico", 1988, nº 106. p. 76 y ss.

²² AVILA ORIVE, J. "La ordenación del...". p. 33.

- *Una organización o planificación coherente del espacio regional.*
- *La integración de las diversas actividades económicas y sociales con proyección territorial lo que supone una participación desde el análisis y aplicación de criterios territoriales de carácter global.*
- *Una especial consideración de los recursos naturales como bienes a proteger y racionalizar su utilización, como base de una política medio ambiental ²³. Cada autor concibe a la Ordenación del Territorio con unos caracteres propios (Sáenz de Buruaga, García Alvarez, Martín Mateo, Larrodera López, Fernández Rodríguez, Chacón Ortega, Parejo Alfonso, Torres Riesco, López Ramón, Carceller Fernández...).*

OBJETIVOS Y CONTENIDOS DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

No puede hoy hablarse del contenido "a priori" de la Ordenación del Territorio ni de sus instrumentos, de sus posibilidades y oportunidades como actividad de gobierno ²⁴. Se ha destacado la escasez de aportaciones relativas a la Ordenación del Territorio en el orden práctico, es decir, en las previsiones legislativas, que es donde la ordenación territorial es

²³ RODRIGUEZ ARANA, J.F. Los planes insulares canarios de ordenación en "Revista de Derecho Urbanístico". Ver para sus aspectos conceptuales. 1988, nº 109. p. 86.

²⁴ Tal cual dice LEIRA. "La nueva ordenación del territorio a debate". Madrid: Alfoz, 1981. p. 28.

realmente discutible ²⁵.

*Los objetivos señala la doctrina especializada que pueden ser:*²⁶

1. *La utilización racional del territorio que armonice los impactos territoriales de las políticas sectoriales y articulando territorialmente la programación económica correspondiente. Supone ello la asignación o distribución de los usos más adecuados a las características y potencialidades del espacio.*
2. *Desarrollo económico equilibrado.*
3. *La Administración responsable de los recursos naturales debe partir de la limitación de los recursos naturales según las situaciones sociales, protegiendo al medio ambiente.*
4. *La mejora de la calidad de vida como consecuencia lógica de una adecuada política territorial.*

Para la consecución de estos objetivos muchos aspectos de la realidad física y territorial componen el contenido material de la Ordenación del Territorio: ²⁷

²⁵ ESCRIBANO COLLADO, P. La Ordenación del Territorio y el medio ambiente en la Constitución en "Estudios sobre la Constitución Española Homenaje al Prof. G^a de Enterría". Madrid: Cívitas, 1991. p.

²⁶ AVILA ORIVE, J. "La ordenación del...". p. 40.

²⁷ AVILA ORIVE, J. "La ordenación del...". p. 42.

- a) *Conocer la realidad urbana y el complejo sistema de relaciones territoriales. El sistema urbano, es preciso contemplar la problemática urbana desde la escala territorial más amplia que representa el ámbito regional.*
- b) *Un análisis y ordenación del medio físico que debe orientarse a la conservación de los valores ecológicos.*
- c) *Una consideración de la estructura demográfica y social, así como el modelo económico que opera sobre el territorio.*

La Ordenación del Territorio se vincula estrechamente con la política de desarrollo regional. La política regional busca un equilibrio económico de las regiones y una corrección de los desequilibrios existentes entre unas partes y otras del territorio ²⁸. La modernidad del término es pareja a la modalidad de sus contenido.

Existen en el marco europeo occidental tres grandes sistemas de Ordenación del Territorio y en ese marco nos encontramos: ²⁹

- a) *El "Regional Planning" inglés con un fundamento esencialmente ecologista y local.*
- b) *El "Aménagement du territoire francés" de la segunda mitad del siglo, corriente vinculada al Estado social de Derecho que posee una visión economista que persigue la*

²⁸ ENERIZ OLAECHEA, F.J. "La ordenación del...". p. 455.

²⁹ ENERIZ OLAECHEA, F.J. "La ordenación del...". p. 453.

mejor redistribución de la riqueza regional y la utilización racional de los recursos naturales para lo que conecta con la planificación territorial.

- c) *El "Racimordung o Raumplanung" que recae en los países federales centroeuropeos en la década de los sesenta, con una intensa preocupación de los poderes públicos por la preservación del medio ambiente y de los recursos naturales y que propende a la coordinación de las políticas sectoriales y a la dirección de la política urbanística local.*

Hasta los años sesenta la materia no existía en la legislación española ³⁰. El nacimiento de la ordenación territorial en la década de los sesenta viene de la mano de la Ley de 1956 y de los Planes de Desarrollo Económico y Social. Se produjo la evolución y unida de las planificaciones económica y territorial hasta 1976 en que vuelven a separarse, produciéndose su consolidación constitucional y autonómica como materia separada de la planificación económica ³¹.

En este trabajo no se trata de ver una evolución del concepto de Ordenación del Territorio ³².

³⁰ AVILA ORIVE, J.L. "La ordenación del...". p. 43.

³¹ AVILA ORIVE, J.L. "La ordenación del...". p. 44.

³² Consultar ENERIZ OLAECHEA, F.J. "La ordenación del territorio...". p. 99.

b) REGULACION LEGAL DE LA ORDENACION DEL TERRITORIO

La única mención que el Texto Constitucional hace de la Ordenación del Territorio se sitúa en el artículo 148.1.3 que dice: ¹

148.1 "Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda".

Se observa una falta de definición del contenido que corresponde a la competencia de la Ordenación del Territorio, desde la perspectiva constitucional que se refiere a las competencias de la materia ². De ahí que se haya creado un grado de confusión con el Urbanismo. Según la regulación de la Constitución, la Ordenación del Territorio está indefinida y vacía de contenido que se configurará con la formulación de las grandes infraestructuras y directrices ³.

De la posición que ocupa en el artículo 148 no se puede inferir, como no sea como título competencial, su equivalencia con el Urbanismo y la vivienda, ni se pueden sacar conclusiones

¹ MARTIN-CRESPO DIAZ. Posibilidades reales de la Ordenación del Territorio en España en "Curso de Ordenación del Territorio". Madrid: Colegio de Arquitectos, 1992. p. 124.

² AVILA ORIVE, J. "La ordenación del...". p. 55

³ GONZALEZ-HABA y MARTÍNEZ DÍEZ. Ordenación Territorial en una nueva situación Ciudad y Territorio en "Revista de Derecho Urbanístico", 1980, nº 1. p. 25.

de su mera posición ni, desde luego, condicionar su relación con otras materias individualizadas por el su correspondiente título de competencia ⁴.

La Constitución no se define respecto al contenido que debe tener esa Ordenación y la relaciona con otras materias que le son afines disciplinariamente.

En algunos otros preceptos del articulado se ocupa la Constitución de establecer unos principios de orden territorial (así en los artículos 40, 45, 46, 47, 130, 131.1 y 2, 138, 258).

Todas las Comunidades Autónomas ⁵ han asumido "exclusivamente" la competencia de ordenación del territorio, aunque alguna utiliza una fórmula singularizada que tiene un valor más formal que material ⁶.

El Estatuto de Autonomía de Andalucía es el único que da una forma diferente al tema llama asunción de política territorial al Urbanismo, Ordenación del Territorio y la vivienda y el litoral. Los del País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía y Valencia, introducen una alusión específica a la ordenación del litoral y Murcia y Canarias aplazan para posteriormente la asunción de la Ordenación del litoral ⁷. El resto de Comunidades excepto la Balear que incluye en su Estatuto

⁴ AVILA ORIVE, J. "La ordenación del...". p. 58.

⁵ AVILA ORIVE, J. "La ordenación del...". p. 60-61.

⁶ Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (artículo 26.3).

⁷ AVILA ORIVE, J. "La ordenación del...". p. 63. y Estatuto País Vasco (art. 10.31), Galicia (art. 27.3) y Valencia (art. 31.9). Murcia (10.1, 13 (1) (a), 13.2), Canarias (art. 35).

una explicitación del litoral como incluido en la Ordenación del Territorio ⁸ asumen textualmente la fórmula constitucional.

Se deja a las Comunidades Autónomas la potestad legislativa, la concreción del significado, alcance y desarrollo del concepto de Ordenación del Territorio ⁹.

En desarrollo de esa habilitación, las Comunidades Autónomas han dictado diversas disposiciones sobre la Ordenación del Territorio ¹⁰

A nivel estatal, no existe una Ley de Ordenación Territorial porque se carece de habilitación sobre ella, pero sí en materias muy íntimamente implicadas: (artículo 149. Las competencias exclusivas del Estado):

23. *Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.*

⁸ Estatuto Balear (art. 10.3).

⁹ AVILA ORIVE, J. "La ordenación del...". p. 64.

¹⁰ AVILA ORIVE, J. "La ordenación del...". p. 75-86, señala una por una las Leyes:
Cataluña (Ley 23/1983 de 21 de noviembre).
Madrid (Ley 10/1984 de 30 de mayo).
Navarra (Ley Foral 12/1986 de 11 de noviembre).
Asturias (Ley 1/1987 de 30 de marzo).
Balears (Ley 8/1987 de 1 de abril).
Valencia (Ley 6/1989 de 7 de junio).
País Vasco (Ley 4/1990 de 31 de mayo).
Cantabria (Ley 7/1990 de 30 de marzo).

24. *Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.*
25. *Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurren por el territorio de más de una Comunidad Autónoma...*

Así en los artículos anteriormente citados (40, 45, 130, etc.).

POSICION JURISPRUDENCIAL

El concepto de Ordenación del Territorio ha sido tratado --ya que no aclarado-- por nuestros tribunales. El TC en su sentencia de 4 de julio de 1991 dice que sobre el concepto de Ordenación del Territorio que establece el artículo 148.1.3 CE, son escasas las precisiones que se encuentran en la doctrina; afirma que tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial, a lo que agrega que la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas no puede impedir al Estado el ejercicio de sus propias competencias exclusivas; consecuencia esta última por lo demás obvia, pues como sucede en todos aquellos casos en los que la titularidad de la competencia se establece por referencia a una "política" --por ejemplo protección del medio ambiente, protección del usuario, etc.-- y no por sectores concretos del Ordenamiento o de la actividad pública, tal competencia no puede ser entendida en términos tales que la sola incardinación del fin perseguido por la norma (o por acto concreto) de tal política permita desconocer la competencia que a otras instancias corresponde si la misma norma o acto son contemplados desde otra perspectiva.

El Tribunal Constitucional lo repite en la sentencia de 3 de julio de 1984 donde declara que la competencia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, tiene por objeto la actividad consistente

en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial.

El Tribunal Supremo ha intentado fijar el concepto de Ordenación del Territorio; así, en la STS de 24 de abril de 1992 que indica que "en el concepto de Ordenación del Territorio se incluyen aquellas grandes obras o construcciones de marcado interés público que, siendo de la competencia estatal --artículo 149.1.24-- por su gran trascendencia para la sociedad no pueden quedar frustradas por la voluntad municipal, obras estas cuya relevancia excede de las previstas en el artículo 180.2 del TRLS y para los que no resulta necesaria la licencia municipal. Véase así la STS de 28 de mayo de 1986.

El Urbanismo se asemeja a la Ordenación del Territorio en ciertas similitudes pues las dos utilizan técnicas de planeamiento y ambas delimitan derechos y facultades de los propietarios configurando el derecho de la propiedad en atención a la función social del mismo ¹¹.

Así lo ha entendido el TS en su sentencia de 9 de septiembre de 1988 que indica que la "Ordenación urbana de una parte del territorio nacional es una actuación normativa hecha por los Planes de Urbanismo o por normas complementarias y subsidiarias de planeamiento que recae sobre el Derecho de Propiedad; sin embargo no afecta a los derechos fundamentales de la persona, sino que suponen el ejercicio normal de la planificación urbanística, donde necesariamente han de existir desigualdades en la calificación del suelo, que si son injustificadas pueden ser corregidas mediante las técnicas propias del TRLS, es decir, son propias de la legalidad ordinarias".

¹¹ ENERIZ OLAECHEA, F.J. "La ordenación del...". p. 86.

Otras sentencias indican que en todo plan de urbanismo existe una auténtica ordenación del territorio, como dice la STS de 25 de junio de 1986 o en la STS de 13 de julio de 1988 o la de 28 de junio de 1982. La revisión de un Plan de Urbanismo comporta la adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio indica la STS de 17 de julio de 1991.

En ocasiones se acude a la diferencia de conceptos para poder justificar obras de Urbanismo y obras que constituyen previsiones de Ordenación del Territorio, pues los primeros están sometidos a la normativa que regula el uso del suelo y el desarrollo de la ciudad --como indica la sentencia de 30 de marzo de 1984-- para exigir la licencia municipal o no.

Existe una numerosa Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que por su concreción son también interesantes: así, por ejemplo, la del Tribunal Superior de Canarias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de febrero de 1990 que indica que la Jurisprudencia acoge la distinción entre Ordenación del territorio y Urbanismo estricto (STS de 20 de febrero y 30 de marzo de 1984 y 28 de mayo de 1986), distinción que subyace también en el Derecho Positivo, aunque no nítidamente diferenciados tales extremos; se parte de la dicotomía Urbanismo-Ordenación del Territorio para establecer que determinadas obras que, siendo promovidas por los órganos del Estado, puedan ser subsumibles en el concepto de Ordenación Territorial, y que no deban considerarse de carácter o interés urbanístico; no necesitan para su ejecución la licencia municipal.

Aparece en ocasiones la diferencia de conceptos en la zona litoral y de la costa; así la sentencia del Tribunal Superior de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 31 de octubre de 1990 y casi siempre se exige que exista una coordinación, como hace la de 6 de noviembre de 1991 que indica que el Urbanismo implica una ordenación integral del territorio que afecta no sólo a los intereses locales, sino a otros muy variados sobre los que no pueden incidir

negativamente las decisiones de los entes locales; hay que entender subsistente el control de oportunidad que lleva a cabo en el caso el órgano decisor de la comunidad Autónoma y la coordinación de los intereses locales con aquellos por los que han de velar otras Administraciones Territoriales. Pero en otras ocasiones --y a menudo en el tema de la exigencia o no de licencia municipal-- interesa separar los conceptos como en la del Tribunal Superior de Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de febrero de 1990 que señala que sólo las obras que fueran ejecución de previsiones de Ordenación del Territorio, como las grandes obras que excedan del ámbito municipal y de lo que, en buena lógica, pueda exceder al Urbanismo, no necesitan licencia de obras. Si es necesaria la licencia cuando se trata de obras o de una actividad constructiva limitada que pueda subsumirse en algunos de los conceptos de naturaleza propiamente urbanística que se contienen en el artículo 178 TRLS.

La jurisprudencia ha diseñado, por tanto, a la luz de la Constitución de 1978 un concepto estricto de la Ordenación del Territorio, contrapuesto con el Urbanismo y deslindado de otras materias, señalando su régimen legal a partir de la Ley del Suelo, exclusivamente,¹² pero será cada Comunidad Autónoma la que entenderá la diferencia entre Ordenación del Territorio y Urbanismo de una forma más o menos amplia, en las leyes autonómicas que desarrollan sus competencias de Ordenación del Territorio.

¹² ENERIZ OLAECHEA, F.J. "La ordenación del territorio...". p. 128.

c) LA ORDENACION DEL TERRITORIO COMO SUPERACION DEL URBANISMO

La doctrina ha concebido la Ordenación del Territorio de dos maneras: ¹ la que contempla esta disciplina como ciencia o técnica vinculada con la planificación económica cuyo objetivo básico es el desarrollo socioeconómico equilibrado de las regiones. Es una concepción que se caracteriza, lógicamente, por su contenido amplio que debe englobar políticas y técnicas a su servicio tanto la planificación económica como el medio ambiente y el urbanismo.

La otra forma de entender la Ordenación del Territorio tradicional es como superación del urbanismo, al rebasar la Ordenación del espacio los límites de la ciudad y abordar la organización de ámbitos territoriales de mayor extensión, fundamentalmente el regional. En esta corriente se concibe la Ordenación del territorio como un urbanismo regional como un macrourbanismo. Esta posición es la que de forma mayoritaria se puede seguir manteniendo después de nuestra Constitución ².

Si se lleva a cabo un repaso de la legislación urbanística desde 1956, se llega a la conclusión de que el actual Texto Refundido de 1992 es el que mayor preocupación ordenatoria ha tenido en su espíritu.

¹ ENERIZ OLAECHEA, F.J. "La ordenación del...". p. 546.

² ENERIZ OLAECHEA, F.J. "La ordenación del...". p. 547.

La concepción de Ordenación del Territorio que se ha ido acogiendo en el Ordenamiento jurídico aplicativo en la materia ha sido paulatina en la legislación urbanística ³.

Si se partió de la Ley de 1956 en cuanto al Urbanismo, esa línea de estudio debe seguirse en cuanto a la proyección de la Ordenación del Territorio. La Ley de 1956 ya estaba anticipando en su Exposición de motivos un carácter superador de la anterior etapa que tenía un marcado carácter ordenatorio local, así decía:

"Por tanto, ha de eliminarse el señuelo de los proyectos a plazo inmediato, que remedian cuanto más necesidades de un sector mínimo de la población y afrontar los que, por responder precisamente a una visión amplia en el tiempo y en el espacio, contribuyen más definitiva y extensamente a la consecución del bienestar".

El artículo 1º decía:

"Es objeto de la presente Ley la ordenación urbanística de todo el territorio nacional".

Se estructuraba un marco jurídico capaz de regular una planificación física que se ajustara a la naturaleza y problemas que se suscitaban. El Plan Nacional de Urbanismo servía de coordinador de los instrumentos de ámbito territorial (Planes provinciales y planes municipales).

³ AVILA ORIVE, J.L. "La ordenación del...". p. 43.

El Plan Nacional de Urbanismo intentaba ser la base de las grandes directrices de la ordenación urbanística "en función de las conveniencias de la ordenación social y económica, para el mayor bienestar de la población" (artículo 7). De alguna manera se intuía que el Urbanismo no era el único instrumento de armonización o equilibrio espacial; debe tenerse en prioridad la economía regional, nacional y supranacional ⁴.

Los Planes territoriales abarcaban de forma más bien escalonada todo el territorio nacional ⁵ y parecían que coordinaban planificación territorial, ordenación urbanística y planificación económica. Era la Ley de 1956 una norma de actividad planificadora, de carácter público, que supuso un avance en lo que a una concepción global de Ordenación del Territorio se concibe superando la dimensión local de la legislación pasada del siglo XIX que se paró en aspectos excesivamente puntuales o sectoriales ⁶.

No tuvo éxito esta Ley en cuanto a los objetivos supramunicipales de la Ordenación urbana que se desprendían de muchos de sus preceptos. Sin embargo, debe dejarse claro que sirvió de consolidación del concepto de Ordenación del Territorio, que más tarde se acogerá en la Ley de 1992.

⁴ SAENZ DE BURUAGA G. Sentido de la ordenación territorial en la España actual en "Estudios Territoriales", nº. 7. p. 20.

⁵ AVILA ORIVE, J.L. "La ordenación del...". p. 50.

⁶ TERAN, F. Algunos aspectos de las relaciones entre planificación física y económica en la experiencia española en Revista "Ciudad y Territorio", 1973, nº 2. p. 32-33.

LA LEY SOBRE REGIMEN DEL SUELO Y ORDENACION URBANA DE 1975

El estado incipiente de una Ordenación del Territorio se sigue manifestando en la reforma de 1975; aunque pudo suponer un avance en la materia ordenatoria del espacio. El artículo primero no cambia de contenido con respecto al de 1956. El urbanismo que reconoce esta Ley ya trasciende de lo propiamente urbano y tiende a una ordenación territorial más íntegra ⁷.

Se concibió la transformación de la propiedad inmobiliaria como necesaria para la ordenación territorial. En esta Ley se evalúan otros elementos que deben afectar al Derecho de la Propiedad Urbana.

Entre sus previsiones planifica el territorio español en su totalidad, tanto unitariamente por el Plan Nacional de Ordenación como de forma disgregada, a través de instrumentos que van cubriendo objetivos menos ambiciosos.

Se potencian los Planes Directores Territoriales de Coordinación que suponen un ámbito excesivamente abierto y flexible pues no se concretaba su carácter coordinador ⁸.

El Plan Nacional de Ordenación que regulaba su artículo 7, debía ser concretado y así lo hacía el artículo 8 del Reglamento de Planeamiento (estructura general del territorio, áreas de conservación, otras determinaciones...) pero debía estar coordinado con la planificación

⁷ CHACON ORTEGA, L. "Catálogo de...". P. 159.

⁸ AVILA ORIVE, J.L. "La ordenación del...". p. 53. Nota 55.

económica y social, el señalamiento de las actividades básicas que condicionan el territorio y las áreas naturales de conservación y mejora ⁹.

Los Planes Directores Territoriales suponen la concreción de las previsiones que contiene el Plan Nacional de Ordenación.

En la Ley de 1975, la significación de la Ordenación del Territorio se aprecia de forma clara y decidida, regida por la coordinación de la planificación económica y social e intentando integrar el conjunto de actuaciones sectoriales de incidencia territorial. Fracasó la Ordenación que la Ley preveía porque fracasaron los planes o instrumentos de su aplicación ¹⁰ pese a suponer un intento muy destacable en toda la Ordenación racional del Territorio.

EL TEXTO REFUNDIDO DE 1992 Y LA ORDENACION DEL TERRITORIO

Tampoco se puede decir que sea una idea de asunción total por parte del legislador en el Texto Refundido de 1992; pero hay que mantener que supone un avance profundo, si bien cuenta con un nuevo marco de la Administración, sobre todo por el surgimiento de las Comunidades Autónomas, dice en la Exposición de Motivos:

"La Ley no asegura, por sí sola, el logro de los objetivos señalados. Establece la configuración básica de un derecho fundamental y proporciona a las Entidades Territoriales que quieran utilizarlos un amplio repertorio de instrumentos (...).

⁹ SAENZ DE BURUAGA, G. "Sentido de la...". p. 20.

¹⁰ GONZALEZ-HABA y MARTINEZ DIEZ. Ordenación del territorio en una nueva situación en "Ciudad y Territorio", 1980, nº 1. p. 29 y ss.

Hay que insistir en que sin la colaboración de las Comunidades Autónomas, que son las competentes para definir la política urbanística en su territorio, y de los Ayuntamientos, que son los llamados en primer término a dirigir y controlar el proceso de urbanización y edificación, la eficacia de la nueva Ley quedaría inevitablemente en entredicho".

En su articulado todavía no se desprende de la ordenación local de otras épocas: artículo 3.1 (d): atribuciones y finalidades de la acción urbanística:

"Establecer zonas distintas de utilización según la densidad de la población que haya de habitantes, porcentaje de terreno que pueda ser ocupado por construcciones, volumen, forma, número de plantas, clase y destino de los edificios, con sujeción a ordenaciones generales uniformes para cada especie de los mismos en toda la zona".

Pero, a su vez, comprende directrices de Ordenación del Territorio:

Art. 3.1: "Limitar el uso del suelo y subsuelo y de las edificaciones".

Art. 4 (c): "Prohibir los usos que no se ajusten a la ordenación urbana".

Art. 12: "Constituirá el suelo no urbanizable los terrenos que el planeamiento general no incluya en ninguna de las clases de suelo anteriores, y, en particular, los espacios que dicho planeamiento determine para otorgarles una especial protección, en razón de su excepcional valor agrícola, forestal, o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de sus valores paisajísticos, históricos o culturales, o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico".

Reconduce el destino, (artículo 15 TRLS) del suelo no urbanizable, "conforme a lo establecido en la legislación urbanística y sectorial que los regule..."; esa legislación sectorial se incluye en esas políticas sectoriales que componen la Ordenación del espacio. Así establece áreas de especial protección (artículo 17 TRLS) para que no se desvíe su destino ni lesione el valor específico que se quiera proteger o infrinja el concreto régimen limitativo establecido por aquél, (el planeamiento territorial y urbanístico).

La propia Ordenación del Territorio se reconduce a la Administración de la Comunidad Autónoma:

Artículo 65.2 TRLS: "Los Planes Directores Territoriales de Coordinación o instrumentos de ordenación de territorio establecidos por la legislación autonómica que afecten a la totalidad o parte del territorio de una Comunidad Autónoma tendrán por objeto la ordenación del territorio respectivo".

Más claro se asume el concepto de Ordenación del Territorio en el Plan Nacional de Ordenación:

(Artículo 66): Objeto del Plan Nacional: "El Plan Nacional de Ordenación establecerá las grandes directrices territoriales, fijará los fines y objetivos y determinará las prioridades de la acción pública a escala del territorio nacional, de forma que permita la adopción coordinada de las decisiones estratégicas referentes a la compatibilidad del espacio económico con la calidad de vida y bienestar social, así como la integración del espacio nacional en el europeo, en el marco de las competencias que constitucionalmente corresponden al Estado".

Así aparecen "las directrices para la Ordenación del Territorio (...) previsiones del Propio Plan y el modelo territorial" dentro del Plan Territorial de Coordinación (artículo 68 TRLS). Esas

expresiones o similares aparecen en el Plan General de Ordenación Urbana (artículo 70 TRLS) en sus delimitaciones:

"(f) Medidas para la protección del medio ambiente, conservación de la naturaleza y defensa del paisaje, elementos naturales y conjuntos urbanos e históricos, de conformidad, en su caso, con la legislación específica que sea de aplicación en cada supuesto".

Se puede concluir indicando que el TR de LS de 1992 supone un intento de tratar la ordenación de un suelo valioso, como es el no urbanizable, pero no se puede tratar de una Ley de Ordenación del Territorio. Si antes se cayó en el defecto (en la Ley de 1956 y su reforma de 1975) en una ordenación local con una idea latente de pretender algo más en cuanto a la Ordenación del espacio, el texto de 1992 ha pretendido una ordenación del territorio, aunque dando mayor procedimiento y eficacia al Plan Director Territorial de Coordinación como el instrumento que más se asemeja a una Ordenación Territorial a nivel de supramunicipal (de Comunidad Autónoma).

La Constitución no establece el contenido de la Ordenación del territorio ¹¹ y parece incluir el concepto dentro de la corriente doctrinal que ha definido la Ordenación del Territorio como una superación del Urbanismo en cuanto ordenador de la ciudad y esa línea es la que ha seguido el Texto Refundido de 1992.

Parece diseñar el Texto Refundido la Ordenación del territorio como una materia pareja en rango con el Urbanismo o con políticas sectoriales anteriormente supeditadas a ella.

¹¹ ENERIZ OLAECHEA, F.J. "La ordenación del...". p. 458.

Sin la contribución de las Comunidades Autónomas, con su legislación y ordenación del espacio, no se podrá llegar a una auténtica Ordenación Territorial, con ella se hablará de una legislación regional, un sistema más amplio de Ordenación del Territorio con un concepto más integrado en el modelo francés que se caracteriza por la vinculación de la planificación territorial y la planificación económica, el medio ambiente y todas aquellas actuaciones públicas con incidencia en el espacio que persigan el desarrollo socioeconómico equilibrado de la propiedad urbana a nivel regional. Entonces se ajustará más al concepto de Ordenación del Territorio recogida en la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983 ¹².

¹² Ver para el estudio de la Carta Europea: ENERIZ OLAECHEA, F.J. "La ordenación del...". p. 55-60".

10.1.- LA FUNCION ECOLOGICA DE LA PROPIEDAD URBANA

SUMARIO

- a) REGULACION LEGAL
- b) EFECTO DE LO ECOLOGICO SOBRE LA PROPIEDAD URBANA

Con el transcurrir del tiempo se han ido abriendo en la legislación de la Propiedad desde un nivel más general (tanto urbano, civil, etc...) unas nuevas preocupaciones a las que atender. Se quiere intentar conseguir que "progreso" en el orden socio-económico no sea igual a destrucción y erosión del medio-ambiente en el desarrollo. Se quiere tratar la regulación de la propiedad urbana sin socavar los recursos naturales, destruirlos y dañarlos. Algún autor habla ya, con firmeza, de la función ecológica de la propiedad¹. La función social se proyecta como una forma de ejercicio de los poderes del titular sobre la cosa en su relación con los demás debido al carácter productivo del bien que posee. Pero no llega a comprender bajo su esquema conceptual todas las necesidades que derivan de la progresiva limitación de determinados recursos naturales y de que el hombre acceda al disfrute de bienes no reproducibles, bienes ambientales cuya erosión significa su destrucción (zonas forestales por ejemplo). La función ecológica de la propiedad obedece también a un principio de economicidad y en esas

¹ DELGADO DE MIGUEL, J.F. "Propiedad y Ecología". Madrid: Aranzadi, 1991. p. 80.

repercusiones se trata por la doctrina ². Se ha definido la función ecológica de la propiedad como el catalizador que transforma el régimen normal del dominio en algo distinto que llega a configurarlo y darle una forma bien precisa: no la que proyecta el titular sobre su cosa, sino la forma que ésta adquiere por el uso de ella más adecuado al Medio Ambiente ³.

El "catalizador" de la función ecológica de la propiedad será el Medio Ambiente, la protección del paisaje, el mantenimiento y conservación de los recursos naturales ⁴. Ese catalizador no supone que la propiedad vea alterada su relación típica con su titular y, por tanto, la propiedad privada individual en su esquema clásico se realizará plenamente en relación con los demás tipos de bienes, por ejemplo bienes de consumo, respecto a los cuales su titular excluirá legítimamente la pretendida concurrencia de otros intereses. La función ecológica de la propiedad ha sido desarrollada por obra de la Jurisprudencia estableciendo su concepto. Dicha función ecológica de la propiedad no está suficientemente desarrollada por el legislador. Hasta ahora ha tomado como referencia dos clases de normas:

- 1) Las normas preceptivas y determinantes del conjunto de derechos y obligaciones desde el punto de vista sustantivo que incumben a todo el propietario y se refieren al medio ambiente.

² LENER: "Violazione di condotta e tutela civile dell'interesse all'ambiente". Foro italiano, 1980-II. p. 105-106.

³ DELGADO DE MIGUEL, J.F. "Propiedad y...". p. 81.

⁴ DELGADO DE MIGUEL, J.F. "Propiedad y...". p. 82.

- 2) Otro tipo de normas que desarrollen procesalmente la acción que permita acudir a los tribunales frente al daño padecido por obra del propietario en su terreno, pues el bien que se protege no es sólo particular, sino asimismo un bien de la sociedad ⁵.

Frente al instituto propiedad, se han señalado valores superiores como "calidad de vida" limpieza del medio ambiente, etc.

Tendencia que se ha abierto en el Urbanismo ⁶ concebido como dinámico que lleva ínsita la idea de cambio social y opera como factor de transformación de la vida del hombre. Ahora el Derecho de la Propiedad Urbana debe superar toda actitud contemplativa, sino que ha de afrontar la realidad de la propiedad circundante con imaginación creadora y atendiendo a los más dignos intereses de la sociedad: tal cual es el interés de poder gozar de un Medio Ambiente sano.

Ello obedece a que los recursos naturales y paisajísticos se han convertido en objeto del Derecho. El paisaje es un concepto jurídico diferenciado (que no cabe identificar sin más, con el medio ambiente) cuya tutela se explica por principios propios y su regulación se halla (dispersa) en normas sobre urbanismo, recursos naturales y patrimonio histórico ⁷. En la legislación española el paisaje es utilizado en contextos diferentes, así: a) como relieve físico

⁵ Sentencia del T.S. de 3 de diciembre de 1987. Para ver consideraciones de esta función ideológica.

⁶ MENDIZABAL ALLENDE, R. Calidad de vida y sistema judicial en "Actualidad administrativa", 1993, nº 18. p. 10.

⁷ MARTINEZ NIETO, A. La protección del paisaje en el Derecho Español en "Actualidad administrativa", 1993, nº 32. p. 397.

preexistente y b) como ámbito protegido por características que sean singulares. La idea del paisaje ofrece dificultades grandes a cualquier consideración jurídica que pretenda definir un derecho subjetivo al paisaje, con un contenido justiciable y formando parte de una relación jurídica con un sujeto titular y otro obligado⁸. Pero no ofrece resistencia para ser considerado como un bien o interés público jurídicamente protegido en legislaciones sectoriales: urbanismo, minería, patrimonio histórico y ordenación de recursos naturales.

La preocupación paisajística no está expresamente mencionada en la Constitución, a diferencia de la de Alemania⁹ e italiana (artículo 9.1 "la República tutela il paesaggio"). Sí existe en algunos preceptos (art. 45 CE, art. 46) una directriz de la acción pública encaminada a la conservación y promoción del "patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España" y de los bienes que la integran o cualquiera que sea su régimen jurídico y titularidad (artículo 46 CE).

El ambiente y el paisaje son diferentes jurídicamente. Ambos bienes jurídicos se diferencian, pues en la Constitución Española se cuenta con una referencia expresa a la defensa del medio ambiente y la calidad de vida que son conceptos más amplios que integran al de paisaje. El Derecho del paisaje sería, por tanto, aquella parte del Derecho ecológico que considera los factores ambientales en su dimensión estética¹⁰.

⁸ MARTINEZ NIETO, A. "La protección del...". p. 399.

⁹ Ver la Ley Fundamental de Bonn, art. 75 que reserva a la Federación el "derecho a dictar normas generales en materia de protección de la naturaleza y estética del paisaje".

¹⁰ MARTINEZ NIETO, A. "La protección de...". p. 401.

El concepto jurídico de paisaje está integrado por tres componentes: 1) espacio físico, 2) referencia visual, 3) factor estético. La consideración del espacio físico (natural o urbano) conecta el paisaje con el medio ambiente ¹¹.

La característica más notable del Derecho de la protección del paisaje quizá sea su incidencia en el régimen de la Propiedad, de modo característico.

Las limitaciones establecidas por los poderes públicos en orden a la protección del paisaje se consideran, con carácter general, no indemnizables. Se trata de cumplir con ciertas exigencias estéticas, en las actuaciones públicas y privadas, que implican límites normales del contenido de la propiedad del espacio físico afectado. Así, la implantación de una industria o la construcción de un edificio, ¹² por un particular y ciertas actuaciones de los poderes públicos con una especial incidencia sobre el medio natural o urbano, aparecen rigurosamente condicionadas por exigencias legalmente establecidas para la tutela del paisaje. Se hace una referencia a la "solidaridad colectiva" (artículo 45 CE) en las políticas de protección del medio ambiente como consecuencia de la imposición de cargas y limitaciones a propietarios afectados que no suelen ser los beneficiados directamente con las ventajas de las medidas de protección del paisaje ¹³.

¹¹ MARTINEZ NIETO, A. "La protección del...". p. 402.

¹² ROMERO HERNANDEZ, F. Las limitaciones extrínsecas de la ley del suelo en "Revista de Derecho urbanístico", 1976, nº 47. p. 13.

¹³ ESCRIBANO COLLADO, P. "Ordenación del territorio y medio ambiente en la Constitución". Madrid: Cívitas, 1991. p. 373.

El ejercicio de la discrecionalidad en este Derecho del Paisaje es necesario en ocasiones. Del ejercicio de potestades discrecionales sobre las medidas que pueden adoptarse para la protección de la calidad paisajística, resulta que la decisión de lo que sea o no "paisaje" es, en sí, un concepto jurídico indeterminado. Después de realizado un "juicio estético" ¹⁴ la acción administrativa en un determinado sentido limitará las potestades dominicales privadas.

La materia ambiental se trata en diferentes ramos del Derecho (así se habla de Derecho Administrativo ambiental, Derecho civil ambiental...) ¹⁵.

Al estar integrado el ambiente por espacios sometidos tanto al dominio del Estado, como al de los particulares, se constituye en objeto de un régimen de tutela jurídica.

El control de las actividades que generan situaciones de deterioro y desencadenan daños ambientales, no puede desarticularse de un cambio en la organización de la vida social ¹⁶. Se busca lo que parte de la doctrina califica como el "ecodesarrollo" ¹⁷. En este planteamiento se habla en el tema de la propiedad urbana de un ecosistema urbano ¹⁸. En nuestros días,

¹⁴ ESTRADA FERRORE. "Estética". Barcelona: Herder, 1988. p. 503.

¹⁵ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. "El Derecho ambiental y sus Principios Rectores". Madrid: Mado, 1989. p. 133 y ss.

¹⁶ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. "El Derecho ambiental...". p. 134.

¹⁷ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. "El Derecho ambiental...". p. 51.

¹⁸ MARTINEZ NIETO, A.. "La protección del...". p. 416.

existe una brutal demanda de suelo en las ciudades y en las áreas industriales; junto a la aparición de nuevos materiales estandarizados para la construcción se han construido grandes edificaciones cuya integración paisajística en el ambiente natural es escasa o nula. Existe una creciente preocupación por el deterioro de la calidad del paisaje en ambientes urbanos; ello ha determinado que en nuestra legislación urbanística se contenga una respuesta decidida.

Esta ordenación se contiene fundamentalmente en el Texto Refundido sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. La legislación urbanística pretende hacer de la ciudad un lugar con zonas verdes y adoptando medidas para la protección de los conjuntos histórico-artísticos, etc...

Estas técnicas de protección del paisaje urbano se materializan en la elaboración de la correspondiente planificación. La protección del paisaje urbano se ha considerado como uno de los principios inspiradores de un nuevo renacimiento de las ciudades europeas¹⁹. El concepto de desarrollo y "ecosistema urbano" fue acuñado por Duncan en 1959 y desde entonces se discutió sobre si la ciudad era un ecosistema o no. La Escuela de Chicago (W. Burgess y E. Park, etc...) destacó la importancia que la ciudad podía tener como ecosistema singular²⁰.

La Ley del Suelo establece que las construcciones "habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas" (art. 138 TRLS). Esta obligación debe ser asumida por los particulares y por la Administración...²¹.

¹⁹ RIPA DI MEANA: "El porvenir del medio ambiente en Europa". Madrid: Ministerio de Obras Públicas, 1992. p. 39.

²⁰ TINAS GALVEZ. Desarrollo y ecosistema urbano. Sistema. en "Revista de Ciencias sociales", 1991, núms. 104-105.

²¹ MARTINEZ NIETO, A. "La protección del...". p. 417.

Las técnicas generales que el Urbanismo maneja pueden ser también utilizadas eficazmente para la disciplina ambiental ²². La sentencia del TS de 24 de febrero de 1992 afirma que "las limitaciones que pone el artículo tendrán aplicación en todo caso, existan o no aprobados planes de ordenación o Normas Complementarias o Subsidiarias del Planeamiento". Esta adaptación del ambiente se realizará en los siguientes supuestos:

- *Armonización con un grupo de edificios o un edificio aislado de características sobresalientes.*

- *Adaptación a los paisajes abiertos* ²³.

El Derecho Civil se ha ocupado del medio ambiente como uno de sus principales temas de estudio en la actualidad ²⁴. Se ha analizado por la Sala Civil del TS hasta qué punto pueden utilizarse los recursos naturales para el desarrollo y progreso. Pero se ha basado en el artículo 1902 y la responsabilidad por daños al medio ambiente, sin penetrar en el estudio de la legislación sectorial. El Derecho Administrativo se ha ocupado de la aplicación de la normativa, con criterios jerárquicos o competenciales. El Tribunal Constitucional ha sido el artífice corrector de la adaptación de la legislación de la Propiedad Urbana a las directrices medio ambientales que en nuestro ámbito se deben obedecer, la legislación de la CEE. En sus resoluciones, el TC ha intentado fijar los puntos por los que debe discurrir nuestro Ordenamien-

²² MARTIN MATEO, R. "Tratado de Derecho Ambiental". Madrid: Trivium, 1991, Vol. I. p. 292.

²³ MARTINEZ NIETO, A. "La protección del...". p. 412.

²⁴ PARRA LUCAN, M.L. "La protección del medio ambiente". Madrid: Tecnos, 1992. p. 30-36.

to urbanístico para hacerlo compatible con todas las directrices medio ambientales que fija nuestra Carta Magna. Así se refiere al principio de la utilización racional de los recursos naturales para la preservación del medio ambiente en la STC de 22 de marzo de 1991 ²⁵.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 1986 donde se afirma que las facultades que concede al Gobierno el artículo 180.2 LS se refieren a usos concretos y aislados del suelo justificados por motivos excepcionales que no afectan a la planificación económica en su conjunto. El Estado no debe verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma, pues tal eficacia equivaldría a la negación de la misma competencia que la Constitución le atribuye ²⁶.

En la sentencia de 3 de julio de 1984 donde se dice que la competencia de Ordenación del Territorio y Urbanismo tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial. Por ejemplo, en la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto ²⁷. Son litigios a los que se debe aplicar un principio a que debe obedecer la legislación sobre la Propiedad Urbana, la necesidad de

²⁵ PUYOL MONTERO, F.J. "Urbanismo, recursos naturales y medio ambiente" (jurisprudencia del Tribunal Constitucional). Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1993, Tomo II. p. 243.

²⁶ PUYOL, F.J. "Urbanismo, recursos...". p. 242.

²⁷ PUYOL, F.J. "Urbanismo, recursos...". p. 148.

*compaginar la calidad de vida, la ecología y el medio ambiente con el desarrollo económico (STC de 4 de noviembre de 1982). Ello se observa en la imposibilidad de la aplicación de los planes urbanísticos a los planes de ordenación de los espacios naturales protegidos con relación a su viabilidad económica, dice la STC de 19 de octubre de 1989. Aquí indica que el límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse (art. 33.2 CE) no es siempre fácil de determinar*²⁸.

La función que se ha llamado "ecológica" de la propiedad en la legislación que regula este derecho obedece a todos estos principios. Se trata de observar cual ha sido el reflejo legal de la preocupación ecológica del Derecho de Propiedad Urbana.

a) REGULACION LEGAL

La preocupación de defensa del medio ambiente y del paisaje se ha ido reflejando en la legislación sectorial administrativa.

La Evaluación de Impacto Ambiental es una técnica de protección anticipada del medio ambiente. Consiste en la valoración previa a la ejecución de un proyecto, de los posibles impactos (adversos y favorables) que su realización puede ocasionar en el entorno. El proceso administrativo especial que se establece para evaluar ese "impacto" tiene su culmen en el acto final de ese procedimiento: la declaración de Impacto²⁹ Ambiental que es el pronunciamiento vinculante de la autoridad de medio ambiente. Este procedimiento de impacto ambiental sólo es aplicable a las actividades expresamente enumeradas en el Anexo del Real Decreto legislativo

²⁸ PUYOL MONTERO, F.J. "Urbanismo, recursos...". p. 818.

²⁹ MARTINEZ NIETO, A. "La protección del...". p. 404.

de 28 de junio de 1986 de Evaluación Medio Ambiental ³⁰. La Declaración de Impacto Ambiental incluye también al paisaje afectado. El Estudio de Impacto, antecedente y fundamento de la Declaración deben considerar los efectos sobre el hombre y su medio biofísico y socioeconómico. Debe la Declaración de Impacto Ambiental que contener medidas de protección (para aguas, suelo...). El Estudio de Impacto no está exento de una discrecionalidad preocupante. El Real Decreto de funcionamiento, 1131/1988 de 30 de septiembre, Reglamento de la Ley configura la Declaración de Impacto como una decisión en la que se determina "la conveniencia o no de ejecutar el proyecto. Las condiciones de la Declaración deberán ser consecuentes con las determinaciones de los planes especiales que existan".

La Regulación legal tiene que ofrecerse desde el punto de vista sectorial porque --como se señaló-- sobre la Propiedad inciden muchos intereses públicos. Así que el paisaje natural y su protección no está fundado por motivaciones de carácter estético, sino por una necesidad de salvaguardar los ecosistemas de la acción destructora del sistema de producción ³¹.

³⁰ Actividades sometidas a este procedimiento en la legislación estatal son entre otras: Refinerías de petróleo, almacenamiento o eliminación de residuos radiactivos, instalaciones químicas integrales, infraestructuras (autopistas, autovías, líneas de ferrocarril de largo recorrido, aeropuertos, puertos, vertederos) primeras repoblaciones y ciertas transformaciones del suelo.

³¹ MARTINEZ NIETO, A. "La protección del...". p. 406.

La Ley de 27 de marzo de 1989 de Conservación de los espacios naturales y de las Flores y Fauna silvestres es un buen ejemplo de lo último dicho ³².

En la Ley de Montes de 8 de junio de 1951 y normas complementarias se hace frente a los problemas de la erosión y desertización a través de una regulación de los aprovechamientos en los montes, trabajos hidro-forestales y la repoblación. En la Ley 38/1972 de 22 de diciembre sobre protección atmosférica existe una preocupación sobre los niveles de inmisión que la propiedad urbana puede soportar. En la Ley de residuos tóxicos y peligrosos de 14 de mayo de 1986 existen unos preceptos que tratan del almacenamiento y ubicación de dichas sustancias.

El Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas de 30 de diciembre de 1961 de aplicación en todo el territorio nacional dice en su artículo 1º:

"Tiene por objeto evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes, sean oficiales o particulares, públicos o privados a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la denominación de "actividades"... alteren las condiciones de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a la riqueza pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes".

Así en materia de vivienda a nivel estatal existe una legislación numerosa: el Decreto-Ley 31/1978 de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, la ley 41/1980 de 5 de julio, de medidas urgentes de apoyo a la vivienda; Real-Decreto Ley 12/1980 de 26 de

³² CASTANYER VILA: "La planificación de espacios naturales: un mandato legal. Prácticas para la planificación de espacios naturales". Madrid: Instituto de la Conservación de la Naturaleza, 1991. p. 28.

septiembre, para impulsar las actuaciones del Estado en materia de vivienda y suelo. El Real Decreto 2329/1983 de 28 de julio de Rehabilitación del Patrimonio residencial y urbano dice en su Exposición de Motivos:

"El actual deterioro del patrimonio inmobiliario y la evidente pérdida de calidad ambiental del espacio habitado tanto en el ámbito urbano como en el rural, ha evidenciado la perentoria necesidad de contar con la instrumentación legal de un sistema de financiación que contemple la mejora y rehabilitación tanto de la vivienda como de los espacios urbanos con sus valores ambientales".

El suelo puede estar situado al borde del mar y para el legislador que ordena el territorio ese dato es fundamental. De nuevo por el objeto se crea una legislación sectorial. Así referente al Paisaje Litoral ³³ la preocupación de compaginar la ordenación del proceso inmobiliario y el respeto al ecosistema es patente. Reflejo de ello es la Ley 22/1988 de 28 de julio de Costas que quiere tomar criterios de prevención vigilancia y corrección para conservar el medio ambiente natural ³⁴.

Respecto a la riqueza monumental se ha producido un fenómeno de conservación y respeto de su principal ubicación en la Ley de Protección del patrimonio histórico español, 16/1985 de 25 de junio. Por ello, se establece una serie de bienes que son declarados de interés cultural (Real Decreto 111/1986 de 10 de enero y artículo 9 de la Ley del Patrimonio histórico español) que se encuentran afectados por la Ordenación urbana respetando siempre naturaleza y ubicación

³³ MARTINEZ NIETO, A. "La protección del...". p. 413.

³⁴ COSTA MORATA; L. "Hacia la destrucción ecológica de España". Barcelona: Grijalbo, 1955. p. 140.

resultando inseparable de su entorno y sólo se podrá desplazar o remover por fuerza mayor en caso de interés social (artículo 28 Ley del Patrimonio) ³⁵.

Respecto al llamado paisaje industrial hay que significar que es el que más preocupación produce al urbanista por ser de un marcado carácter pluridisciplinar: contaminación, degradación, desfiguración y mala gestión de los campos, utilización de factores de los recursos mineros y naturales, etc... ³⁶ pues el planteamiento civil de los artículos 590 y 1908 se halla en un momento de difícil aplicación a la realidad de nuestro país ³⁷. La ley 21/1992 de 16 de julio de industria en su artículo 1 pretende "contribuir a compatibilizar la actividad industrial con la protección del medio ambiente" y los riestos (art. 10) que puedan producir lesiones a personas, flora, fauna, bienes o al medio ambiente deben ser prevenidos. Dentro de la industria la minería de superficie se ve regulada por el Real Decreto 2994/1982 de 5 de octubre, sobre restauración del espacio natural afectado por actividades mineras que desarrolla las directrices (artículo 5.3) de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973.

Respecto a la construcción de infraestructuras (tendido de cables, puertos, carreteras o vertederos) se debe indicar que supone siempre un impacto notable sobre el paisaje. Se han desarrollado, además de las leyes ambientales otras normas de protección específicas dirigidas a que no sea degradado por la construcción de esas infraestructuras las condiciones estéticas y naturales del medio, aún cuando para el desarrollo de las mismas sea preciso. Así la ley que

³⁵ MARTIN MATEO, R. "Tratado de...". p. 297.

³⁶ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. "El medio ambiente urbano y las vecindades industriales". Madrid: Instituto Español de Administración Local, 1973. p. 20.

³⁷ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. "El medio ambiente...". p. 31.

regula los residuos sólidos urbanos de 19 de noviembre de 1975 establece que debe llevarse a cabo "evitando toda influencia perjudicial para el suelo, vegetación y fauna"; en definitiva la degradación del paisaje, su contaminación y, en general, todo lo que pueda atentar contra el ser humano o medio que le rodea.

En la Ley de Carreteras de 29 de julio de 1988 el legislador ha sido consciente del impacto paisajístico y erosionante del medio ambiente que supone la construcción de esta vía de superficie tanto en el suelo rústico o en el urbano. Es uno de los casos más patentes donde el Derecho de Propiedad queda limitado (artículos 20 a 28 de la Ley). Las vías pecuarias, rutas o itinerarios de uso público por donde transcurre el tránsito ganadero. El Código Civil en el artículo 570 habla impropriadamente de servidumbres al referirse a estas infraestructuras para la comunicación agraria. Las regula la Ley 22/1974 de 27 de junio de vías pecuarias, y el Real Decreto 2876/1978 de 3 de noviembre de su Reglamento. Con frecuencia y por abandono de la Administración ³⁸ han sido estos tramos usurpados por los propietarios y alejados de su función natural que estas leyes tratan de ordenar.

b) EFECTO ECOLOGICO SOBRE LA PROPIEDAD URBANA

En el Texto Refundido sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (Real-Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio) existe una decidida actitud de que la propiedad urbana y la no urbana (en lo que a ella se refiere), cumpla una función ecológica.

³⁸ MARTINEZ NIETO, A. "La protección del...". p. 429.

El ser humano necesita una ciudad que, al ser su habitat cotidiano, le permita un disfrute de la naturaleza para su esparcimiento y conveniente para su salud física y mental. En su articulado queda bien patente: artículo 3 TRLS (finalidades y atribuciones de la acción urbanística):

3.1. (f) "Establecer espacios libres para parques y jardines públicos en proporción adecuada a las necesidades colectivas"

(k) "Orientar la composición arquitectónica de las edificaciones y regular, en los casos que fuera necesario, sus características estéticas".

Tiene este texto legal una preocupación de conservar el medio-ambiente; así se preocupa del suelo no apto para ser urbano; artículo 15 TRLS:

"Los terrenos clasificados como suelo no urbanizable, o denominación equivalente atribuida por la legislación autonómica, no podrán ser destinados a fines distintos del agrícola, forestal, ganadero, cinergético en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales..."

Algo que se desarrolla en el artículo 16 TRLS que impide el destino de suelo no urbanizable para usos que no sean agrícolas y que guarden relación con la naturaleza, extensión y utilización de la finca...

Establece este texto legal áreas que denomina de "especial protección" en el artículo 17 TRLS:

"El planeamiento territorial y urbanístico podrá delimitar áreas de especial protección en las que estará prohibida cualquier utilización que implique

ABRIR PARTE TERCERA

