

«Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas»

JOSE LUIS DE LOS MOZOS,
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: 1. La propiedad urbana desde la perspectiva del Derecho público. 2. La propiedad urbana y la «función social de la propiedad». 3. La propiedad urbana como «propiedad funcional». 4. Modelos de incidencia de las actuaciones urbanísticas sobre la propiedad privada. 5. Conclusión.

PLANTEAMIENTO

A los juristas formados en los modelos teóricos del Derecho codificado, se les hace muy difícil comprender el significado de ciertas situaciones que han venido a incorporarse al ordenamiento jurídico como una consecuencia de las transformaciones operadas, por lo que durante algún tiempo se ha llamado el *Derecho nuevo*: tal sucede con la singular posición que ocupa el derecho de propiedad privada en el proceso urbanístico. Sin embargo, no se trata solamente de dificultades de recepción o de asimilación de unas categorías, o de unos conceptos nuevos, sino de algo más profundo que choca con la propia sensibilidad del jurista, habituado, en la aplicación y en la interpretación del Derecho, a perseguir la razón última de las normas, que aparece aquí encerrada en un tecnicismo críptico en el que resulta difícil averiguar lo que es conveniente y oportuno de acuerdo con las exigencias de la justicia.

Porque no basta con decir que la propiedad privada no sólo viene *limitada*, sino también *modificada* como consecuencia de las actuaciones urbanísticas, de forma que su contenido se aleja, cada vez más, del esquema conceptual que contempla el artículo 348 C. c., susceptible, por lo demás, de innumerables adaptaciones al marco constitucional o legislativo, como a través de casi cincuenta años ha podido demostrarse (1). Es preciso, por tanto, entrar dentro de estas modificaciones para averiguar su alcance.

(1) Lo que aparece, por primera vez, en el art. 44 de la Constitución de 1931 y se mantiene, sin solución de continuidad, a través de las Leyes Fundamentales del régimen político anterior, hasta el art. 33 de la Constitución de 1978.

En una primera fase de este proceso, el jurista se encuentra en un terreno seguro, pues el adjetivo *urbana* que se añade a la propiedad le mantiene en el hábito de las distinciones (común y especial, general y particular, ordinario y excepcional), lo que forma parte de su propio estilo mental, desde el Derecho común (2). De esta suerte, en otros ámbitos, el jurista ha asimilado fácilmente las categorías del Derecho nuevo: así en materia de arrendamientos, de propiedad horizontal, o de responsabilidad objetiva, que han venido a ser el pan nuestro de cada día en la vida práctica del Derecho, y lo mismo ha pasado en los nuevos territorios del Derecho mercantil (patentes, prácticas restrictivas de la competencia, etc.). En cambio, esta asimilación no se ha producido con la misma facilidad en el Derecho urbanístico.

Sin duda alguna que la dificultad fundamental hay que encontrarla en el propio ordenamiento urbanístico, que como tantos ordenamientos del *Derecho de reforma*, es un ordenamiento incompleto.

Esta imperfección es, por otra parte, característica y propia de buena parte de las transformaciones jurídicas de nuestro tiempo, sobre todo, si se mira desde el punto de vista de los modelos del Derecho codificado, pues mientras los códigos ofrecen un conjunto de regulaciones dotadas de una cierta unidad, y, especialmente, de una cierta coherencia sistemática en su estructura interna (3), y en sus relaciones con otros cuerpos legales, aparte de hallarse insertados en una larga tradición histórica, pese a los propósitos de la codificación (4), las nuevas ordenaciones jurídicas aparecen como cuerpos extraños, en sus relaciones externas, independientes y autónomos de toda ordenación anterior, como nuevos astros que irrumpieran en el firmamento sin pertenecer a constelación alguna.

Incluso puede decirse que estas leyes de reforma —como la

(2) Por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed., Göttingen, 1967, págs. 45 y ss.

(3) Coherencia que se refiere a la *sistemática interna*, de forma que aquéllos constituyen un auténtico *cuerpo* cuya unidad viene dada por una ineludible “conexión de principios”, que como tales principios sistemáticos no tienen un valor *axiomático*, sino puramente *problemático* o *aporético*.

(4) Aunque la codificación procuró establecer un orden jurídico nuevo, como en el caso de nuestro Código civil lo muestra de manera bien elocuente el art. 1.976, conteniendo la disposición final derogatoria del Derecho anterior, no pudo desentenderse ni eliminar a la *tradición jurídica* sobre la que se asienta, tradición que se halla presente, no sólo a través de la integración dogmática de las instituciones que regula, como pone de relieve la nueva redacción dada al art. 3-1 C. c., sino también a través de la presencia y del alcance de los principios generales del Derecho (art. 1-4 C. c.). Por ello, frente a la *historicidad* del Derecho civil se ha hablado de la antihistoricidad del Derecho público; así, W. LEISNER, *Antisgeschichtlichkeit der öffentlichen Rechts*, en *Der Staat*, 7 (1963), págs. 137 y ss.

Ley del Suelo— impulsadas por acuciantes necesidades sociales y económicas, se diferencian de los tradicionales ordenamientos especiales, en los que todavía es posible aislar con facilidad un conjunto de principios que justifican su *autonomía* y su *especialidad*, en que sólo aportan unos conceptos nuevos que no se hallan asentados en el inagotable caudal de la «experiencia jurídica» (5), y que por eso se resisten a su formulación en unos moldes conocidos, sino que, también, reducidos a unos posibles principios, mostrarán su antagonismo con los cuerpos preexistentes, con los que necesariamente han de relacionarse, oponiéndose a ellos y acabando por destruirles (6).

Este caos normativo trasciende, con todas sus consecuencias, a la experiencia de la vida cotidiana. De ahí que, el profano en Derecho, o el que no está familiarizado con este fenómeno normativo, se pregunte cómo es posible que siendo la *propiedad urbana* un tipo de propiedad que se halla sometida al cumplimiento de una *función social*, y que se desenvuelve como tal a través de una reiterada intervención pública, viene a resultar que, al fin y a la postre, siendo por otra parte la ciudad de todos, de los propietarios y de los no propietarios, y siendo el urbanismo la respuesta racional y jurídica al planteamiento de unas necesidades sociales, ni sirve para evitar la especulación, ni para mejorar de forma efectiva el entorno urbano, evitando el crecimiento desordenado y anárquico de las ciudades, ni lo que es más grave, para satisfacer las mínimas exigencias de una necesaria justicia social.

Cuestionado así el problema es difícil encontrar una respuesta satisfactoria, incluso la explicación de la imperfección de la regulación jurídica del urbanismo es muy compleja, pues no pertenece solamente a su entorno jurídico, como fácilmente puede comprenderse. Por eso, en la imposibilidad de desarrollarla aquí, vamos a limitarnos al ámbito jurídico y a fijarnos solamente en sus notas más características, teniendo en cuenta que, en la evolución de nuestro proceso legislativo, es posible que la *propiedad privada* haya dejado de ser uno de sus principales protagonistas, o por lo menos, sus papeles han cambiado sensiblemente, apareciendo en primer término, como figura principal, los intereses de la comunidad.

Sea como fuere, en el planteamiento propuesto, las características fundamentales del ordenamiento urbanístico, son las siguientes:

(5) La experiencia jurídica traduce en “sede técnica” la Dogmática, es decir, lo que los juristas han venido pensando, desde siempre, y que constituye el caudal del saber jurídico, como respuesta a las exigencias y a las necesidades de justicia, y que los Códigos y las leyes traducen en los contornos normativos de las diversas instituciones que regulan.

(6) Este proceso es tan amplio y profundo, en nuestro tiempo, y aparece con un significado tan contrapuesto a lo que representó la codificación que no ha dudado en calificarse a nuestra época, brillantemente, como la de la “descodificación”; así, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, en *Diritto e società*, 4 (1978), págs. 613 y ss.

1. Tiene un indudable carácter mixto, que contempla aspectos publicísticos y aspectos privatísticos, aunque éstos queden relegados a un segundo plano, indebidamente, respondiendo todavía al esquema, en gran parte superado de la «invasión del Derecho público sobre el campo de los derechos privados».

2. Existe un evidente desfase entre el urbanismo como técnica, que se halla indudablemente más desarrollado, y el Derecho urbanístico que ha irrumpido con su fuerte personalidad en un sistema normativo no del todo preparado para recibirle, resultando una categoría terminológica que no se corresponde, de manera operativa plena, con una verdadera categoría sistemática (7).

3. Como las normas urbanísticas son fundamentalmente normas procesales (8), se mueven muchas veces dejando atrás un vacío sustantivo, pues los derechos y facultades que protegen aunque aparezcan dotados de una intensa vida procedimental, no se hallan delimitados ni definidos convenientemente. De modo que la anticipación entre aspecto procesal y aspecto sustantivo que es propia del progreso jurídico, desde el «*ius honorarium*», se esteriliza en sus resultados por aquella falta de delimitación previa y por la propia complejidad de la materia.

Dentro de este marco, y teniendo en cuenta las salvedades que quedan hechas, vamos a procurar ofrecer una idea, lo más aproximada posible, de las *modificaciones* de la propiedad privada por razón urbanística que no se conforme con una mera descripción aislada, resultado de la incidencia de una normativa que, de antemano, calificamos de incompleta, procurando reconstruir desde aquellas modificaciones su verdadero perfil y su significado, no sólo desde una perspectiva dogmática, sino de acuerdo con las exigencias lógico-valorativas de una relación jurídica tan fundamental para la convivencia social.

(7) En parte, por otro lado, esto es consecuencia del carácter "interdisciplinario" del urbanismo como fenómeno social, lo que aporta un indudable elemento de confusión, nueva Torre de Babel en la que las diferentes contribuciones técnicas se diluyen en un verdadero diálogo de sordos, ya provengan de economistas, sociólogos, psicólogos, ecologistas, etcétera, o de puntos de vista contrapuestos dentro de una misma disciplina, a lo que ha de sumarse la trivialización de cualquiera de los diferentes puntos de vista, en los llamados medios de comunicación social, de lo que podrían ponerse innumerables ejemplos si no fueran de sobra conocidos.

(8) Lo que no escapa a la exquisita sensibilidad de F. PASTOR RIBRUEJO, *La propiedad urbanística y su legitimación*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 21 (1971), págs. 45 y ss. Desde un punto de vista más amplio el fenómeno cobra una matización precisa en el libro reciente de F. MAZZONI, *La proprietà procedimento. Pianificazione del territorio e disciplina della proprietà*, Milano, 1975.

1. LA PROPIEDAD PRIVADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PUBLICO

En una memorable conferencia pronunciada por E. García de Enterría, hace más de veinte años, y con referencia a la Ley del Suelo de 1956 (9), se ponen de relieve dos ideas fundamentales, que aquí conviene destacar: de una parte, que el urbanismo moderno constituye una verdadera *función pública*; y, de otra, que el *contenido normal* del derecho de propiedad privada viene establecido como consecuencia de la planificación. Ambas ideas son rigurosamente exactas, pero como es natural no completan el panorama del urbanismo moderno, ya que éste, en cuanto función pública, se desarrolla y actúa a través de una intensa colaboración con la iniciativa privada, mientras que, por su parte, aunque el derecho de propiedad resulte modificado como consecuencia del plan, la modificación no siempre supondrá una pérdida para su titular, en sentido patrimonial, sino que lo más frecuente es que se beneficie de una revalorización. Teniendo lugar un fenómeno curioso: que mientras el derecho se reduce en sus facultades, o en su contenido en suma, se produce un incremento de valor que pasa a beneficiar exclusivamente al propietario, ya que no existe ningún otro titular preparado con aptitud para recibir el beneficio derivado de las plusvalías urbanísticas.

En consecuencia, el urbanismo, aun siendo una función pública no se puede llevar a cabo sin una decidida colaboración de los particulares, y los particulares no quieren intervenir si no ven las cosas claras, desconfiando de las declaraciones legislativas en relación con el derecho de propiedad, y aprestándose a Burlarlas en la medida de lo posible, y a obtener un sustancioso beneficio patrimonial que, en muchos casos, hay que calificar de excesivo, con lo que ni los poderes públicos cumplen su misión, ni la propiedad su tan traída y llevada función social.

Sin embargo, en el plano normativo, el establecimiento de tales delimitaciones es perfectamente correcto y sumamente expresivo, además, de la carga tendencial que la propia regulación lleva consigo. Lo que se pone de relieve al considerar los efectos jurídicos del plan y de su trascendencia para el derecho de propiedad, como a este respecto muestra el artículo 61 de la primitiva Ley del Suelo, al decir que: «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 calificación urbanística de los predios».

Diciendo J. Martín Blanco, que esta disposición es la clave en la nueva configuración del derecho de propiedad y de la eficacia normativa del plan, que se convierte en el elemento legal normativo

(9) *La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 11 (1958), págs. 485 y ss.

de la propiedad del suelo mediante el sistema de facultades, derechos y limitaciones que impone coactiva y obligatoriamente (10).

Por su parte, M. A. Núñez Ruiz, dirá que «el planeamiento urbano constituye el ordenamiento legal del suelo. Es el Derecho conformador del suelo, de lo que «es» (*sein*) a lo que «debe ser» (*sollen*), de la situación real a la nueva situación organizada. En este sentido el Derecho de la planificación urbana es un derecho innovador y dinámico: clasifica jurídicamente el suelo, señala prohibiciones, límites, deberes y cargas; todo ello para procurar su utilización en congruencia con la función social de la propiedad». Añadiendo, el ilustre urbanista citado que «la potestad planificadora, la más moderna en el orden cronológico de las potestades administrativas, es la potestad conformadora del suelo, y puede afirmarse que es innovativa en cuanto al uso o destino y en cuanto al ejercicio o aprovechamiento urbano» (11).

Pero, ¿qué sucede cuando la normativa del planeamiento se desenvuelve inadecuadamente? La experiencia demuestra que esta situación, en sus múltiples variantes y obedeciendo a las causas y circunstancias más diversas, es más frecuente de lo que parece. Claro que esto es habitual en el mundo del Derecho, donde nada puede tomarse en términos absolutos, como puede advertirse incluso sin salirse del campo de los conceptos, así cuando decimos: que el derecho real es un «derecho absoluto» de modo que el sujeto pasivo del mismo es «toda la comunidad», excluida la persona de su titular, sólo porque la acción que protege a tales derechos, la acción real, se da «*erga omnes*». No cabe duda que, cuando hablamos de este modo, estamos exagerando aunque nos entendemos perfectamente. Pues bien, algo parecido pasa entre la propiedad privada y el urbanismo cuando no funciona el dispositivo dialéctico, y perfectamente lúcido, del juego normativo. En estos casos, el derecho de propiedad se atrinchera tras de su régimen común y se parapeta en su protección constitucional, volviendo a aparecer como derecho absoluto «sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (12), lo que nos viene a recordar que la división del Derecho, en público y privado, sólo tiene un sentido instrumental que no puede servir para explicar, en todas sus dimensiones, la trascendencia de un fenómeno normativo.

De todos modos, la cuestión, que preocupó intensamente a los redactores de la primitiva Ley del Suelo, y que se traduce en su propia sistemática, especialmente a propósito del tema de la vi-

(10) *Dictámenes y estudios de Derecho urbanístico*, Madrid, 1970, págs. 53-54.

(11) *El planeamiento urbano y la propiedad privada del suelo* (Conferencia en las Jornadas de Derecho urbanístico de Salamanca, organizadas por la Universidad de Salamanca y el Ministerio de la Vivienda, en junio de 1973), ed. Zaragoza, 1978, pág. 33.

(12) Garantía de legalidad a la que se atiene también el art. 33 de la Constitución, aunque ya no sea para fijar las limitaciones de la propiedad, sino su propio contenido en relación con la función social (ap. 2).

gencia indefinida de los planes de urbanismo (art. 36 antiguo), con la limitación (o derogación por *desuetudo*) que establecía el antiguo artículo 56, y en otros aspectos que aquí no son del caso, ha preocupado a la doctrina (13), constituyendo uno de los caballos de batalla de la reforma (14) que se traduce, desde un balance comparativo de la ley antigua y de la nueva, en una mayor perfección tanto de las normas de planeamiento, como de las complementarias y subsidiarias del mismo, con lo que el cerco, respecto de la propiedad privada, se va estrechando.

Con todo, la incidencia respecto del derecho de propiedad no es la misma en todos los modelos de la planificación urbanística, ni se produce con la misma intensidad, o perdurabilidad, a lo largo de un proceso de urbanización. De modo que, lo que sea en realidad la propiedad privada, depende no tanto de un concepto que brota de la legislación urbanística, sino de una serie de actos jurídicos o de meros acontecimientos y circunstancias de la más diversa índole que se desenvuelven en el conjunto del proceso urbanizador (dependientes de criterios técnicos o económicos, y de decisiones más o menos arbitrarias, o del mismo azar), y que se actúan a través de la confección de los planes, de la elección o imposición de las zonas, de los sistemas y programas de actuación, y de las propias formas de gestión. Lo que forma parte de la propia *naturaleza* del plan, y que llega a uno de sus casos límite, entre la escala de normas y la escala de actos previos, a propósito del plan de urbanismo y, en general, de la idea de plan de actuación, como dice J. L. Villar Palasí, recogiendo la opinión, en primer término, de un grupo de publicistas alemanes. Así, «para Gigy, es un alejamiento tendencial de las formas jurídicas tradicionales, para Kaiser es algo atípico, sin prototipo anterior; para Imboden es un indiferente jurídico; para Forsthoff es un *aliud* entre el acto y la norma; para Obermayer es una norma. Importa aclarar, dice, que la solución jurisprudencial contempla fundamentalmente no restringir ni dilatar la legitimación: por ello quizá alguna sentencia (S. de 13 de noviembre de 1964) *ha definido* la aprobación de un plan general de urbanismo como un acto complejo o constelación de actos administrativos. Su estructura muestra que contiene, sin embargo, una formulación abstracta general: vincula a los titula-

(13) Un resumen de esta problemática es el espléndido trabajo de M. A. NÚÑEZ RUIZ, *Op. cit.*, págs. 56 y ss.

(14) Acabándose por suprimir el antiguo art. 56, y sustituyéndose la antigua *desuetudo* por la posible suspensión de los planes, acordada en Consejo de Ministros (art. 51), por otra parte, por lo que se refiere a los deberes y derechos concretados en el Plan pueden llegar a caducar, según sus propias previsiones, pero mientras esto no tiene lugar se mantienen la totalidad de las expectativas que aquél determina, so pena de indemnización por la Administración, porque lo que no puede hacer el particular —volver a recuperar las facultades del dominio por caer el Plan en desuso (lo que parecía posible en la Ley anterior)— tampoco lo puede hacer la Administración (pues toda variación puede suponer expropiación y, por tanto, requiere indemnización).

res actuales o futuros y comprende una serie indefinible y repetible de supuestos de hecho» (15).

Por otra parte, insistiendo en esa *desigualdad* de la incidencia del urbanismo sobre el derecho de propiedad, que deja sin brillo a las generalizaciones, y a pesar de que cada vez más una serie de fórmulas técnicas (algunas de ellas posiblemente «gérmenes» de futuras instituciones), tanto en la vieja como en la nueva Ley, tratan de aplicar un reparto equitativo de los beneficios y de las cargas de la urbanización, no se puede decir que por ese camino se vaya a llegar a una reforma duradera del derecho de propiedad, sino que lo que tiene lugar es algo ocasional (lo mismo que sucede con el enfático «*erga omnes*» de su cualidad de derecho absoluto), ya que los derechos de propiedad, unos antes, otros después, atravesado el túnel más o menos largo del proceso urbanístico, recobrarán casi por completo su *contenido pleno*, en virtud de la idea pandectista de la *elasticidad* del dominio, como dice J. Martín Blanco, a que responde el concepto de propiedad que preside el artículo 348 C. c. (16).

Esto, de todos modos, aparece más patente o mejor dicho se pone al rojo vivo, cuando se tiene en cuenta la estricta dimensión patrimonial de la propiedad, es decir, su *valor*. Así, efectivamente, en el juego de valoraciones y contravaloraciones que establece la Ley del Suelo de 1956, nos encontramos con que para prevenir la especulación y hacer más justa la urbanización, el *incremento de valor* de los terrenos urbanizables o urbanizados, deja de ser una *expectativa privada*, en pura teoría normativa y queda afecta al coste de la urbanización y a estimular la construcción de solares. Esto se pretendía llevar a cabo, técnicamente, mediante la distinción de cuatro clases de valores que establecía el artículo 85: valor inicial, valor expectante, valor urbanístico y valor comercial. Sistema que, como veremos, se simplifica en la nueva Ley, aunque para el caso es lo mismo, ya que según se pretendía, el paso del *valor inicial* al *valor urbanístico* queda afecto a la urbanización, mientras que el paso de éste al *comercial*, lo está a la edificación. Pero, como se preguntaba F. Fernández de Villavicencio, ¿quién paga realmente la urbanización? La experiencia nos dice que no el propietario de los terrenos, ni el particular que, siendo propietario o no, promueve la urbanización o la edificación, puesto que la revalorización, como dice el ilustre colega citado (17), la pagamos todos. La paga directamente el que va a comprar un piso, el que le toma en alquiler, el que necesita un local de negocio o una plaza de garaje, y también la propia coyun-

(15) *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Madrid, 1968, pág. 421.

(16) Sin embargo, esta posibilidad es la que pretende reducirse cada vez más con una rigurosa aplicación del planeamiento.

(17) Conferencia pronunciada en Oviedo, en el Cielo de Derecho urbanístico organizado por el Departamento de Derecho civil, en mayo de 1969.

tura económica nacional que viene prefigurada, en este sentido por factores tan típicos y tan conocidos que no es preciso ni siquiera mencionar. Entonces, ¿qué es lo que está pasando? Muy sencillo, que una cosa es la «justicia» que proclaman las leyes urbanísticas y otra muy distinta la justicia concreta a la que aspira el Derecho. Sin embargo, esta cuestión encuentra en la nueva Ley del Suelo, algunas contestaciones satisfactorias (18), dependientes del perfeccionamiento técnico del sistema, y de que la propiedad privada ha dejado de estar, a diferencia de la regulación anterior —al menos en línea de principios— en el centro del mismo. En este sentido, dice exactamente, M. A. Núñez Ruiz, en relación con el Proyecto de reforma, que «la propiedad deja de ser centro y pasa a serlo la comunidad (el orden colectivo). En la Ley del Suelo, el *orden* es el resultado de la actuación positiva de la función social de la propiedad. En el Proyecto de reforma, la estrategia se invierte en su más pura dialéctica socializadora: de la realización del orden colectivo, que constituye el *prius* urbanístico, deviene la propiedad privada del suelo. Por esto los *standards* urbanísticos, el cuadro social de cargas, tienen el efecto de determinar el contenido del derecho de propiedad. La propiedad privada no es un *prius*, sino un *posterius*». Añadiendo, seguidamente que «si realmente nos encontramos ante obligaciones administrativas, éstas presuponen un poder público, una Administración dotada de potestad para utilizar directa o indirectamente la propiedad. Por tanto, puede hablarse en el estado actual de la disciplina urbanística de unos derechos subjetivos patrimoniales de la Administración en la utilización social del suelo que condicionan y delimitan la propiedad privada del suelo edificable» (19).

El mérito de esta observación está, sobre todo, en poner de relieve a dónde nos debe llevar la evolución jurídica, en función

(18) Así, en materia de valoraciones del suelo, “el valor que a éste se reconoce —dice la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975— debe estar en función del grado de cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas del Plan que se observa en cada caso. El valor se independiza así, en gran medida, de las puras calificaciones formales y se hace depender fundamentalmente del efectivo cumplimiento del Plan, del que depende asimismo la adquisición del derecho a edificar”. Añadiendo seguidamente que: “Las innovaciones en esta materia, que comportan una estrecha relación con la valoración fiscal y una gran simplificación se completan: a) Llevando a sus últimas consecuencias el principio de valoración objetiva que se quebranta en la Ley del Suelo con el reconocimiento de unos valores “comerciales” y que ocasionaba en la práctica diferencias desproporcionadas en relación con las circunstancias, a veces nimias, que daban lugar a la aplicación de uno u otro valor. b) Eliminando el valor expectante, aplicable hasta ahora a la reserva “urbana”, con independencia de la actividad de los interesados; y c) Reconociendo a los arrendatarios e inquilinos afectados por expropiaciones, en su condición de sujetos pasivos, generalmente más débiles, de las mismas, el derecho a ser indemnizados conforme a la Ley de Expropiación Forzosa”.

(19) *Op. cit.*, pág. 54.

de las exigencias técnicas de la materia de que se trata, que es como decir en función de las exigencias que demanda una justicia concreta. Así vistas las cosas, no en función de la invasión del Derecho público sobre el campo del Derecho privado, o de conflicto entre ambos ordenamientos, se está en camino de entender y de hacer operativo el ordenamiento jurídico del urbanismo. Viniendo en apoyo de esta nueva concepción el prestigio de la Historia. Así, cuando tiene lugar el inicio del movimiento urbano en Europa, en la baja Edad Media, se desarrolla en buena parte al amparo de unos modelos postfeudales, de estirpe publicista, que dan lugar a nuevos derechos privados, como sucede con el *censo urbano*, cuya línea institucional ha perdurado en algunos ordenamientos, hasta llegar al moderno «derecho de superficie», como ha sucedido especialmente en Alemania (20).

De esta manera estamos ante un Derecho público de trascendencia patrimonial, que confiere y atribuye Derechos privados, como consecuencia de las incesantes interrelaciones que, actualmente, se desenvuelven por doquier en el campo normativo, fenómeno semejante al que ha tenido lugar con lo que, modernamente, se llama Derecho económico (21), y que confiere al panorama del ordenamiento jurídico un aspecto totalmente distinto del que podía contemplarse en la época de la codificación, cuando se fijaron las categorías fundamentales del Derecho moderno.

2. LA PROPIEDAD URBANA Y LA «FUNCION SOCIAL» DE LA PROPIEDAD

El liberalismo político que ha creado una forma racionalmente posible del Estado moderno, donde el respeto al «pluralismo ideológico» hace factible la permanente dialéctica del *espíritu absoluto* como decía Hegel, no olvidando que surgió revolucionariamente en abierta lucha con la «estamentalización social», representada por el *ancien régime*, incorpora aunque ya tardíamente a su ideario un concepto que toma del viejo socialismo doctrinario de principios de siglo, y que se concreta, en este caso, en la llamada «*función social de la propiedad*», que las Constituciones añaden a las proclamaciones de derechos, sobre todo, a partir del modelo de la Constitución alemana de la República de Weimar. Principios programáticos que acogen en España, tanto la ilustrada Constitución:

(20) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, 1974, págs. 57 y siguientes, 86 y ss y 106 y ss.

(21) Nuevo «*tertius genus*» que sustituye al Derecho social en la Dogmática de los años que siguen a la restauración jurídica posterior al desastre de la Segunda Guerra Mundial, y que se consagra de manera definitiva, sobre todo, a partir de E. HUBER, en Alemania, T. ASCARELLI, en Italia, FARJAT, en Francia, y A. POLO, en España.

republicana de 1931, como las Leyes fundamentales del régimen político anterior.

De esta manera, el Estado liberal, aún sin abdicar de sus principios, pretende realizar una «democracia social», en régimen de libertad política y económica, que lejos de cohartar la iniciativa privada, la impulsa y la fomenta, propiciando un «desarrollo paralelo» de los poderes del ordenamiento y de los poderes de los particulares que sólo se hallan sometidos por igual al superior interés público y social.

Es lógico que esta línea —en sede de principios— se acentúe, incluso con algunas rectificaciones, en la Constitución de 1978 que comienza proclamando que España se constituye en un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1-3), como evidencian sus artículos 33 (22) y 38 (23), por una parte, y, 128 y 131 (24), por otra, como los más significativos al respecto. De este modo, en materia urbanística el desarrollo legislativo anterior coincide, esencialmente, y, desde un punto de vista formal, con el marco constitucional posterior.

Sin embargo, siendo la Constitución de 1978 un texto claramente transaccional y que traduce, claramente, tensiones entre tendencias contrapuestas, le queda al intérprete la duda de si se moverá todavía en el juego dialéctico entre propiedad privada y propiedad colectiva, o si habrá sabido remontar a ese otro estadio que, en relación con el urbanismo, considerábamos respondía a las exigencias técnicas de la materia que son la traducción jurídica de las exigencias de justicia a que debe responder toda normativa. Sólo el tiempo y la experiencia futura nos podrán demostrar si esta coincidencia formal lleva aparejada, en sí misma, una coincidencia sustancial más profunda.

En todo caso, lo que queda claro desde el punto de vista constitucional no siempre ha sido comprendido fácilmente a la hora de trasladar el esquema, en este caso de la *función social*, a la relación entre «derechos fundamentales» y «derechos privados» (25), y así ha sucedido con la tan traída y llevada *función social de la*

(22) Cfr. "1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes."

(23) Cfr. "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación."

(24) Que proclaman, por un lado, la subordinación de la riqueza del país, en todas sus formas, al interés general, confiriendo al Estado la potestad planificadora, por otro.

(25) En la doctrina extranjera, bajo presupuestos parecidos, resulta inmejorable el análisis que hace W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960.

propiedad. Tema del que aquí no podemos ocuparnos (26), bastándonos con señalar que no se trata de un concepto que ha de ser tomado en consideración a su *contenido*, sino de una *función* que pudiendo tener un contenido *diverso* (por cuanto que diversas, y aún múltiples son las funciones sociales), actúa como una constante que condiciona el reconocimiento del ejercicio de los derechos de un modo uniforme.

Volviendo ahora a nuestra primitiva Ley del Suelo, vemos que en ella se establece que la propiedad ha de ejercerse conforme a su *función social* (lo que aparece claramente recogido de modo general en los artículos 61 y 70 de su texto) y que reproducen los artículos 76 y 87 del texto refundido vigente (manifestándose también en otras muchas aplicaciones particulares en ambos textos legales). Con esto es claro que la referencia a la *función social* de la propiedad, en el ámbito del ordenamiento urbanístico, no es meramente programática, incluso esta misma normativa ha contribuido a perfeccionar, a desarrollar, y a aplicar el concepto técnico de la *función social* de la propiedad. Pero, ¿realmente lo ha conseguido? Esta es la pregunta que hay que contestar. A lo que creo sólo lo ha conseguido a medias, por razón de este carácter incompleto y, por tanto, *imperfecto* del ordenamiento urbanístico tal y como hemos venido poniendo de relieve (27). Bien es verdad que, en el sistema de la vigente Ley, esto parece en buena parte corregirse con el nuevo «régimen urbanístico del suelo» (tít. II), aunque no hay que olvidar que la objeción puede seguir poniéndose, referida más que al texto a la *dinámica* urbanística, sobre la que vuelven a incidir los defectos estructurales y coyunturales, anteriormente aludidos, y en las instancias de gobierno un contra viento de estilo liberal posiblemente inoportuno.

Para completar estas ideas, vamos a tratar de explicar en qué consiste el significado *dogmático* de la función social de la propiedad. Este significado se ha explicado por la doctrina de muchas maneras. Para unos, supone que el concepto de propiedad al que se acoge el Código civil, queda como una *propiedad insular*, como la ciudadela o el baluarte que por hallarse cercado de tal número de *limitaciones* para salir al «campo de la verdad» ha de tomar la forma de esas *limitaciones*. Para otros, no se trata sólo de *limitaciones* del dominio («*Eigentumsbeschränkungen*»), que aún fijando sus límites siempre quedan ajenas al concepto del derecho de propiedad, sino de establecer su propia configuración normal

(26) Cuestión de la que me he ocupado anteriormente, vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El urbanismo desde la perspectiva del Derecho privado*, en *Revista de Derecho Privado*, 1961, págs. 294 y ss. Recientemente, vid. las actas del Seminario dirigido por F. SANTORO PASSARELLI, en el vol. *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976.

(27) Seguramente, porque, como dijo J. GONZÁLEZ PÉREZ con relación a la primitiva Ley del Suelo, ésta es una Ley socializadora a medias.

(«*Eigentumsbegrenzung*») (28). Una postura todavía más avanzada, entiende que la transformación de la propiedad —como yo mismo he defendido en diversas y reiteradas ocasiones (29)— se opera en virtud de la instrumentación de la función social, no sobre la «relación jurídica» en sí misma considerada, sino sobre uno de sus elementos: el *objeto* sobre el que recae el derecho. Así, en el caso del urbanismo, el solar, los terrenos, las fincas, se han convertido en unos volúmenes de edificabilidad, en un derecho de reparcelación, en una compensación en dinero o en terrenos, etc.

La consecuencia de estas mutaciones sobre el *objeto*, vienen a sustituir la propiedad como una categoría abstracta sobre una cosa que atribuye una plenitud de derechos o facultades a su titular, por un derecho que recae sobre «cuerpos ciertos» en sentido funcional (es decir, de acuerdo con el *destino* que sirve no sólo a los intereses de su titular, sino también al interés público y social). Concepto que, por otra parte, se vincula a la noción de *finca funcional* (30), de rancio abolengo en nuestra tradición jurídica (31). Por eso, de alguna manera, la incidencia de la *función social* —categoría que, por lo demás, es tan antigua como el Derecho mismo— aplicada al derecho de propiedad, autoriza a hablar de éste en sentido *plural*, ya que plurales son las cosas sobre las que recae el derecho. Por lo que, es más exacto, hablar de *propiedades* y no de propiedad (32).

Es obvio que el legislador podría haberlo hecho de otro modo, pero no lo ha hecho, de suerte que, las alteraciones y modificaciones que sufre el derecho de propiedad a través de las actuaciones urbanísticas, se operan a través del *objeto* del derecho, no sobre la estructura de la «relación jurídica», de tal modo que, a pesar de aquellas modificaciones, la propiedad urbana sigue siendo la propiedad urbana, no el *censo urbano* u otro derecho sobre el suelo. Por eso, el énfasis que ponen los publicistas al hablar del tema, aunque desentendiéndose de la ulterior peripecia de los derechos privados, no sirve para expresar la situación real, por mucho que las apariencias engañen. Tanto que, hay momentos en que parece

(28) Para la dimensión de ambos conceptos en la moderna doctrina alemana, vid. H. WESTERMANN, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Karlsruhe, 1951, págs. 114 y ss. En sentido análogo, F. BAUR, *Lehrbuch des sachenrechts*, 10.^a ed., München, 1978, págs. 237 y ss.

(29) F. C. SÁINZ DE ROBLES - J. L. DE LOS MOZOS, *Limitaciones y modificaciones de los derechos reales inmobiliarios por razón de turismo*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 6 (1968), págs. 41 y ss.

(30) Para esto, J. CASTÁN TOBEÑAS - J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, común y foral*, I-2, 12.^a ed., Madrid, 1978, págs. 588 y ss.

(31) A través del concepto de "*fundus instructus*" que se remonta a la tradición romana, ULPIANO (D,33,7,8,pr.).

(32) Así, propiedad rústica, urbana, de objetos artísticos, del buque, de la aeronave, del dinero, de las acciones, etc. Sin embargo, este hablar de propiedades ha de ser tomado "*cum grano salis*", ya que el Derecho de propiedad sigue siendo el mismo, puesto que la diferenciación no depende de verdaderas categorías sistemáticas, sino de la naturaleza del objeto, exclusivamente.

que la transformación operada sobre los derechos de propiedad, trasciende al propio nacimiento de los mismos, como si aquéllos derivaran de una mera *concesión administrativa* (33). Pero esto no es cierto ya que el acto administrativo correspondiente, o la cadena de actos y actuaciones, no constituyen un «título originario» del derecho de propiedad, sino a lo sumo sirven de título a la *modificación del objeto del derecho*, que es lo que separa la propiedad urbanística de las llamadas *propiedades especiales*, en que la concesión administrativa es un verdadero título, y, además, originario, de la atribución del derecho. Otra cuestión es que, esta otra solución pueda ser más efectiva y posiblemente más justa, pero este es otro tema.

Tampoco explican bien el fenómeno, aquellas descripciones que se limitan a enumerar, siguiendo un esquema descriptivo de las facultades del dominio, puramente correcto por otra parte desde el punto de vista de la dogmática del derecho de propiedad, las limitaciones del mismo, como consecuencia de las actuaciones urbanísticas.

En el primer caso, con una exagerada óptica publicista, se deforma la importancia de la intervención pública, quedando desfigurada la *función social* de los derechos privados. En el segundo, por puros prejuicios dogmáticos, se queda uno en una mera descripción externa del problema, sin ahondar en su significado, ni en su trascendencia.

Lo que sucede, en ambos casos, es que ni se valora adecuadamente el sentido de la *función social*, ni se entiende el propio fundamento del *derecho de propiedad*. Por ello, hay que tratar de aclarar ambos conceptos, aunque sea someramente.

La *función social* de la propiedad (o de los restantes derechos privados), no representa, en general, otra cosa, dentro del Estado de Derecho, que el principio constitucional que, de una forma genérica, autoriza la acción y la intervención pública, en la esfera de los derechos privados para someterles al superior *interés público* y social (34). Pero como el Estado de Derecho supone un equilibrio de poderes, en este sentido, entre los individuos y la comuni-

(33) Los administrativistas se encuentran inclinados a esta solución, y así lo ha manifestado y defendido, entre otros, R. MARTÍN MATEO, *El urbanismo y las categorías jurídicas tradicionales*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 39 (1974), págs. 13 y ss. Pero uno se resiste a aceptar una solución de esta naturaleza: en el juicio de división de cosa común, p. ej., la *adjudicatio* de partes concretas y determinadas a cada uno de los comuneros por el acto jurisdiccional, no crea el derecho propiamente, sino que le concreta en su extensión, o sea, respecto de su objeto. Para que fuera de otro modo *adjudicatio* o *divisio* deberían de ser modos originarios de adquirir el dominio, y no lo son.

(34) Lo que, desde el punto de vista de la dinámica de la legitimación de los derechos privados frente al ordenamiento, responde a la exigencia lógica de los principios de coherencia y de totalidad, lo mismo que pasa, en otro orden de cosas, con la exigencia de la *causa* respecto del reconocimiento de la autonomía privada creadora de negocios jurídicos.

dad, la transformación de los derechos privados sólo puede tener lugar en este contexto, es decir, sólo en tanto en cuanto sea necesario para el cumplimiento de aquellos fines o *funciones*, incluso sin ir un milímetro más allá. ¿Es esto un fallo del sistema? Posiblemente, aunque con toda probabilidad es el menos malo de todos los sistemas conocidos.

Lo mismo sucede con el concepto del *derecho de propiedad*, que no se explica solamente acudiendo a describir las facultades que integran el dominio, puesto que, aún dogmáticamente hay que tener en cuenta también la propia *estructura* de la «relación jurídica» que le integra, y que se traduce en su proverbial *contenido elástico*. Sin olvidar tampoco el carácter de «derecho constitucional» o «fundamental» que, incontrovertiblemente, ostenta, como expresión de la *libertad económica* de su titular (y potencialmente de todos los conciudadanos). Concepto que no sólo deriva, como suele decirse, de una tradición pandectista, sino que viene a ser, también, un producto del liberalismo político y económico, resultado de un proceso revolucionario que tuvo por objeto la «liberación» de la propiedad, y que, mediante la liberalización de su tráfico jurídico, como instrumento creador de riqueza, le convierte, sobre todo, en un *valor*.

Esto se manifiesta, en nuestro caso, en que por muchas limitaciones y modificaciones que sufra la propiedad urbana, e incluso aunque éstas incidan, por razón del destino económico del *objeto* sobre el que recae el derecho, en la modelación de su propio *contenido* (o conjunto de facultades que comprende) quedando mínimamente libre la *iniciativa* del propietario, al menos como poder de disposición en relación con un *valor* (35), que es en lo que se ha transmutado la cosa, originariamente objeto del derecho, es natural que la propiedad que sale por la puerta, como dice R. Savatier, vuelva a entrar por la ventana (36). Lo que explica el que la propiedad urbanística no pueda ser calificada como una *propiedad especial*, ya que el Plan no sirve de título *originario* del derecho,

(35) Bien es verdad que esta iniciativa, una vez aprobado el Plan, queda canalizada dentro de las opciones que éste conceda, y no cabe, como bajo la Ley anterior, según veíamos antes, una plena recuperación de las facultades dominicales por *desuetudo* del Plan (vid. F. ROMERO HERNÁNDEZ, *Limitaciones extrínsecas de la nueva Ley del Suelo*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 47 (1976), págs. 79 y ss.). Por otra parte, los predios quedan afectos a las obligaciones y cargas que imponen los planes con independencia de quién sea el propietario, aunque no se cierra el tráfico jurídico de los propios predios (art. 88 LS.), luego los derechos dominicales que los titulares conservan sobre las fincas se refieren a valores, que aunque en cierta medida dependen de las determinaciones del plan y del cumplimiento de sus obligaciones y cargas —como expresa la Exposición de Motivos— se hallan protegidos frente a la Administración de cualquier variación, como anteriormente señalábamos.

(36) Lo que será una realidad mientras no varíe la *naturaleza* del derecho por mucho que se haya modificado en su objeto o contenido, y quede libre la iniciativa del propietario.

como sucede en la *concesión*, sino de título *modificativo* de su contenido a través de su *objeto*.

3. LA PROPIEDAD URBANA COMO «PROPIEDAD FUNCIONAL»

Comenzaremos diciendo que, como consecuencia del urbanismo, la propiedad urbana, de ser una pura propiedad abstracta, como la contempla el Código civil, pasa por un proceso de concreción, a través del Plan, o de las normas subsidiarias de planeamiento, para transformarse en una *propiedad funcional*. Antes del urbanismo moderno, la propiedad urbana descansaba sobre una mera realidad física, siendo predios urbanos los edificios y solares que se hallaban dentro del contorno de una ciudad (aunque esto presentara algunas excepciones, como muestran las legislaciones especiales de arrendamientos rústicos y urbanos, o el ordenamiento fiscal). Hoy, la propiedad urbana, ofrece un concepto más amplio al contemplarse la ciudad en un proceso constante de expansión, y más complejo, como consecuencia de las propias técnicas de la planificación urbanística, que tanto afectan, por otra parte, lo mismo a la expansión de la ciudad que a la propia remodelación de su casco antiguo. En este sentido, la propiedad urbana, vendrá a ser lo que diga el Plan. Pero esto no puede entenderse en términos absolutos, como ya sabemos, sino únicamente a través del *destino* que el Plan atribuye al *objeto* sobre el que recae el derecho de propiedad.

Todas las demás limitaciones o transformaciones del *contenido* de los derechos de propiedad se dan en función del destino de los predios, aunque por la complejidad del proceso urbanizador, o por la desigualdad de su incidencia, pueda parecer a una mera descripción del fenómeno, en relación con las facultades del dominio («*ius utendi, abutendi et disponendi*»), que las cosas tienen lugar de otra manera. En lo demás, la propiedad permanece libre (por muy pequeña que esta libertad nos parezca), cualidad que varía sensiblemente según los distintos momentos del proceso urbanizador, y según la diferente incidencia especial del mismo.

Sin embargo, la normativa legal, tanto en el texto originario, como en el que ha resultado de la reforma, utiliza fórmulas un poco sobrecogedoras para el derecho de propiedad, si se toman en toda su generalidad. De este modo, el artículo 76 del texto refundido expresa que: «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 *calificación urbanística* de los predios». Igualmente, el artículo 87-1, siguiendo las huellas del antiguo artículo 70, establece que: «La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes

no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su *calificación urbanística*. Aunque el inciso segundo de este mismo precepto aclara que: «Los afectados tendrán, no obstante, derecho a la distribución equitativa de los *beneficios* y *cargas* del planeamiento en los términos previstos en la presente Ley».

Pero, a pesar de todo, no es tan fiero el león como le pintan. Así, si nos fijamos en ambos preceptos, veremos que ambos aluden a un criterio fundamental: la *calificación urbanística*, que no supone en modo alguno la negación de la propiedad, sino su mera funcionalización, asignando al objeto del derecho un destino concreto y determinado dentro del Plan, para evitar el crecimiento anárquico de las ciudades. Incluso respecto del segundo de los preceptos citados, que a tantas discusiones dio lugar en los trabajos preparatorios de la Ley del Suelo de 1956, aunque parezca, desde una óptica literalista de la interpretación del precepto, que se niega al propietario hasta el *derecho fundamental*, según el cual, «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes» (37). Pero no hay tal cosa, porque integrado este precepto en su propio contexto literal, la *supuesta* privación de que se habla no se produce, ya que al depender el derecho de la calificación urbanística, ésta lo que trata de evitar, únicamente, es un beneficio arbitrario, sustituyendo éste por un beneficio programado, de acuerdo con el Plan, y, por ello, más justo, al tratar de armonizar intereses privados entre sí, y, éstos, en relación con los intereses sociales.

Si pasamos ahora de estos preceptos fundamentales, a los que establecen el desarrollo técnico, en virtud del cual, se opera la transformación de la propiedad común en propiedad urbanística, nos encontramos con que el criterio que se toma, como punto de partida, es el de la *calificación urbanística* de los predios, de acuerdo con unos tipos, a los que ya anteriormente nos hemos referido, y que han sido objeto de modificación en virtud de la reforma, estableciendo los artículos 77 y siguientes, dos criterios distintos para su determinación: cuando el territorio de los Municipios tenga un Plan General de Ordenación y cuando carezca de Plan. En el primer caso, el suelo se *clasifica*, en urbano, urbanizable y no urbanizable (art. 77 LS).

Al suelo *urbano* se refiere el artículo 78, estableciendo un esquema de requisitos más amplio que el de la Ley del Suelo ante-

(37) Art. 33-3 de la Constitución. Lo que no impide, como veremos, que se impongan a los propietarios cesiones obligatorias de terrenos con carácter gratuito, como compensación de los beneficios derivados de la urbanización, y que tiene raigambre en la tradición jurídica española, como dice la citada Exposición de Motivos de la Ley.

rior, al exigir que los terrenos han de contar con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, y, por otra parte, más comprensivo (saliendo al paso de las dudas que ofreció, en un principio, el ámbito de aplicación de la legalidad anterior) por estar comprendido —dice el artículo 78 a)— en áreas consolidadas por la edificación, al menos en dos terceras partes de su superficie.

Al suelo *urbanizable* se refiere el artículo 79, distinguiendo entre suelo *programado* y suelo *no programado*. El primero, es el comprendido en el propio Plan en realización; el segundo, puede ser objeto de urbanización mediante la aprobación de programas de actuación urbanística.

Por último, el artículo 80, se refiere al suelo *no urbanizable*, bien porque no se incluya por el Plan en alguno de los tipos anteriores, bien porque se trate de espacios que son objeto de una protección especial (por su valor agrícola, forestal, ganadero, paisajístico, etc.).

En los municipios en que no exista Plan General de Ordenación, la clasificación del suelo se refiere únicamente a estos dos tipos: suelo *urbano* y suelo *no urbanizable*, distinción que se verifica con criterios de mayor sencillez que en el supuesto anterior, pero atendiendo a las mismas finalidades, según establece el artículo 81 LS.

Ahora bien, dependiente la situación de los predios de su *calificación urbanística*, la realidad de los mismos, como *finca funcional* dependerá de una serie de factores que viene dada por las propias circunstancias de los mismos (situación, extensión, características) en función del Plan (o mejor dicho, de los Planes, ya que hay que tener en cuenta, primero el Plan General, y, después, los Planes parciales y especiales, en su caso). Por eso, no es lo mismo la incidencia de la planificación sobre un edificio o solar que se halle en el casco urbano, que la de un terreno que se halle a las afueras de la ciudad, y que el Plan haya calificado de urbano, o de otro que sin serlo naturalmente, se considere como urbanizable, sea programado o no, o que pase a ser de urbanizable a urbano (adaptación de planes, modificación, etc.).

De modo que, para saber la situación urbanística de los predios, y, por tanto, su entidad como *finca funcional*, hay que acudir a las previsiones contenidas en los Planes, según la normativa que establecen los artículos 10 al 13, por lo que se refiere a los Planes Generales Municipales de Ordenación, y a los Planes Parciales. Teniendo en cuenta que la reforma ha introducido como marco de los primeros, en su caso, los Planes Directores territoriales de coordinación (arts. 8 y 9), y como medio de desenvolvimiento de los Planes Parciales, los llamados Estudios de Detalle (art. 14), así como, para la ejecución de unos y otros, los Proyectos de Urbanización (art. 15), que si no inciden en el régimen del suelo y de la edificación, pueden tener una trascendencia práctica importante en cuanto a la periodificación de las actuaciones urbanísticas, de indudable

interés para los propietarios y demás promotores privados. Sin olvidar lo que es todavía más importante, por tener una gran incidencia sobre la propiedad, como son los Programas de Actuación urbanística (íntimamente relacionados con el encauzamiento del *ius disponendi*), que cobran una sustantividad propia después de la reforma (art. 16). Teniendo en cuenta, por último, que la misma eficacia de los Planes tienen, en su caso, las *normas* subsidiarias del planeamiento, cuando no haya Plan, o cuando las previsiones del mismo sean incompletas (arts. 70 a 75), y que han adquirido, en el nuevo sistema de la Ley, una mayor importancia y sustantividad, respecto del régimen anterior. Toda esta normativa se completa con lo dispuesto en los artículos 114 y siguientes LS., teniendo en cuenta, por lo demás, que es objeto de un minucioso desarrollo en el Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto de 23 de junio de 1978.

4. MODELOS DE INCIDENCIA DE LAS ACTUACIONES URBANÍSTICAS SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA

El modelo fundamental, como ya hemos dicho, es la *calificación urbanística* de los predios que tiene lugar, en primer término, por medio de la *clasificación del suelo* llevada a cabo por el Plan, a partir de la cual sigue un desarrollo polimórfico que se resiste a ser encajado en las categorías tradicionales, dando lugar a una serie de modelos que vamos a tratar de explicar someramente.

a) El primero de ellos, partiendo de la idea conductora de la mutabilidad del *objeto* sobre el que recae el derecho de propiedad, es el *concepto de solar*.

Tal concepto es multívoco en el sistema de la Ley del Suelo, aunque guardando siempre cierta relación con el predio o finca preexistente. Por una parte, parece que sólo puede encontrarse en *suelo urbano*. Ahora bien, formando parte del suelo urbano, sólo puede ser considerado como tal el que, en el Plan, merezca esta *calificación* (art. 83-1), lo que confiere al mismo el carácter de *finca funcional*, que se construye a partir de la combinación de las tres situaciones siguientes:

1.^a Tomándola directamente de la realidad, mediante las adaptaciones necesarias: caso que contempla el artículo 82 LS., cuando le considera «como *superficie apta para la edificación*», de acuerdo con las normas mínimas del Plan (según lo dispuesto en el art. 78), o con las normas subsidiarias (a que se refiere el art. 81-2), y siempre que la vía a la que de frente la parcela se halle pavimentada y encintada de aceras (art. 82).

2.^a Estableciéndola en función del Plan, por vía de una verdadera *ficción* de la realidad, mediante la consideración, no de lo que es, sino de lo que debe de ser (aquí vuelve a salir lo del «*sein*» y el «*sollen*» que decíamos antes): caso que contempla el artícu-

lo 154-3, cuando establece que, a los efectos del fomento de la edificación, «tendrán también la condición de solares las fincas en las que existieren construcciones paralizadas, ruinosas, derruidas o inadecuadas al lugar en que radiquen...», provocando su *edificación forzosa*, en los términos que establecen los artículos 155 y siguientes LS.

3.^a Se puede seguir hablando también de *solar*, sin salirnos del ámbito que hemos delimitado, cuando en suelo *urbano* se utilice el procedimiento de *reparcelación*, en los términos que permite el artículo 99-4, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 97 y siguientes LS. y disposiciones complementarias, por cuanto la reparcelación constituye una puesta en común, que implica una *vocación divisoria* de las superficies útiles para ser edificadas, que de esta suerte aparecen como *solares*, hecha deducción del reparto de las cargas que impone la urbanización.

b) Otro modelo de la incidencia urbanística, hay que encontrar en la técnica del «*aprovechamiento medio*», que tiene lugar en las actuaciones que se desenvuelven en relación con el suelo *urbanizable*, donde las «superficies y los volúmenes aptos para la edificación» que resulten, guardan sólo una relación remota con o respecto de los predios comprendidos dentro del polígono de que se trate. Tanto que, en este caso, podemos decir que el *objeto* sobre el que recae el derecho de propiedad se volatiliza, como consecuencia, no sólo del Plan, sino propiamente de la programación del suelo *urbanizable*.

Esto supone que la incidencia sobre el derecho de propiedad no deriva únicamente de la *calificación urbanística* de los predios, como todavía sucede en *suelo urbano*, sino del *aprovechamiento medio* fijado por el Plan, lo que supone una auténtica novedad de la reforma. De este modo, la «realidad material» de los predios se *transforma* en un «aprovechamiento» estableciendo el artículo 84-2 LS. que el aprovechamiento de cada finca se determinará (por el Plan General), «refiriendo a su superficie el aprovechamiento medio del sector en que se encuentra enclavada, sin que tenga relevancia al respecto su calificación concreta en el Plan». Lo que desarrollan los sucesivos apartados de este mismo artículo y especialmente el artículo 31 del Reglamento de Planeamiento, y los artículos 45 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto de 25 de agosto de 1978, y que habrá de integrarse con lo dispuesto en el artículo 12-2-2.º LS., teniendo en cuenta que la planificación alcanza, no solamente a determinar el aprovechamiento medio por sectores, sino a establecer tales sectores (artículo 12-2-2.º d) y 16-2) lo que implica, de acuerdo con sus diferentes usos y destinos, diversos tipos de aprovechamiento medio, puesto que, en estos niveles superiores, la planificación es, sobre todo, *zonificación* (arts. 117 y 118 LS.).

Por lo demás, la idea del *aprovechamiento medio* es un recurso técnico, para la distribución *equitativa* entre los propietarios de

los predios afectados de beneficios y cargas, lo que algún autor, tomando el rábano por las hojas, ha calificado de aplicación de criterios de justicia distributiva (!), cuando la justicia distributiva habría que entenderla cuando aquélla tuviera lugar entre propietarios y no propietarios.

c) Los restantes modelos de la incidencia sobre la propiedad privada de la actuación urbanística se pueden reconducir a esquemas, más o menos habituales en las técnicas de las *limitaciones* del dominio, aunque, forzoso es reconocerlo, van mucho más allá de tales limitaciones. Para su estudio habría que hacer un análisis minucioso de todo el sistema de la ley, lo que por ahora es imposible.

Para una simple enumeración, por vía de ejemplo, sin pretender agotar la materia, podemos partir, también, de la clasificación del suelo, haciendo notar que la incidencia es menor en suelo *urbano* que en suelo *urbanizable*, sin embargo, vamos a utilizar aquí un criterio distinto, superponiendo a aquélla distinción su mayor o menor vinculación al *objeto* del derecho.

a') 1. En suelo *urbano* se condiciona el *ius aedificandi* en los términos tan conocidos que señala el artículo 83-1 y 2, aparte de la necesidad de licencia municipal (arts. 178 y siguientes), incluso dentro del plazo que señala el Plan, cuando así lo estableciera (art. 83-3-3.º), ejercicio de la facultad de edificar que desarrollan los artículos 39 y siguientes del Reglamento de Gestión.

2. *Cesión gratuita* para viales, zonas verdes, servicios, etc., a los Ayuntamientos respectivos (por la contrapartida de revalorización que supone la urbanización), teniendo en cuenta el reparto equitativo de las cargas (art. 83-4), a través de las reparcelaciones que procedan, de acuerdo con lo establecido en el artículo 97-2 y 117-3, con el límite que fija el artículo 87-3, que luego veremos.

3. *Costear la urbanización* (art. 83-3, 2.º), generalmente por el procedimiento de las contribuciones especiales (art. 192-2, d) y 196 y siguientes).

4. En cuanto a los *usos* de los terrenos y construcciones y de su alterabilidad (= destino), ya hemos hablado antes en términos generales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 87-1, salvo modificación o revisión de su ordenación (art. 87-2), así como de la *obligación* de edificar (art. 83-3, 3.º y 154 y ss.).

5. *Imposición de obligaciones reales* sobre los predios (38), puesto que todas estas limitaciones y cargas (que algunos impropiamente llaman deberes), afectan a los predios *ob rem*, con independencia de quien sea su propietario, obligando por tanto a los sucesivos adquirentes, aunque no se cierre el tráfico de las fincas (art. 88).

b') Limitaciones y modificaciones semejantes afectan a los

(38) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La obligación real, aproximación a su concepto*, en *Libro-Homenaje a R. M. Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, págs. 331 y ss.

derechos de propiedad que recaen sobre las fincas clasificadas de suelo *urbanizable* (art. 84-3).

Por otra parte, aquí tiene lugar otro modelo de incidencia, que aunque con precedentes en la Ley anterior, la reforma ha llevado mucho más lejos, combinándola, por otra parte, con el aprovechamiento medio. Se trata de la *cesión* obligatoria y gratuita del 10 por 100 restante del aprovechamiento medio del sector en que se encuentre la finca (art. 84-3, b), con el límite que fija el propio artículo 84-4, cuando el aprovechamiento real no alcance el 90 por 100 del aprovechamiento que le corresponde en el sector, que deberá ser objeto de compensación. Lo que completa también el artículo 125 (39).

En cualquier caso, este modelo de incidencia se corresponde con la cesión gratuita para viales, zonas verdes, etc., en suelo urbano, planteándose el problema del alcance permitido a unas y otras cesiones, que no aparece claramente limitado en el sistema de la ley, puesto que, por un lado, se refiere a una proporción (el 10 por 100) sobre otra proporción (el «aprovechamiento medio»), difícil de controlar; mientras que, de otro, no parece que haya límite alguno más que en el caso de las ordenaciones que impongan limitaciones singulares (art. 87-3).

Sin embargo, en ambos casos, puede afirmarse que las *cesiones gratuitas* han de tener una limitación que viene impuesta por el juego de un doble criterio: el derivado de la *racionalidad* de la planificación (art. 13-2 b), que establece que las reservas se harán «en proporción adecuada a las necesidades colectivas» (criterio que repite el establecido por el art. 3-1 g); y el que traduce el artículo 87-3, según el cual, las cesiones tendrán carácter gratuito mientras la lesión que de ellas se derive sea trasladable a todos los beneficiarios, y, por el contrario serán indemnizables —que es lo que viene a decir el precepto citado— cuando no sea posible la repercutibilidad. Con lo que la interpretación finalista viene a coincidir con la interpretación sistemática. Solución que acoge también el Reglamento de Gestión (arts. 46 a 48).

d) Por último hay que decir que, una pieza importante de todo el sistema de la incidencia del urbanismo sobre la propiedad privada, se halla en el papel esencial de la *expropiación forzosa*, aunque no podamos ocuparnos de este tema con el detenimiento debido.

Baste decir aquí que la expropiación por razón urbanística (arg. *ex art. 3 LS.*), sigue siendo una expropiación *especial*, por el juego singular que toman las *plusvalías*, y que necesariamente han de restringirse por medio de un sistema de valores y contrava-

(39) Aparte de la incidencia en este punto del problema derivado de la elección de los *sistemas de actuación*, y de la preferencia debida a los de compensación y cooperación (arts. 119 y ss de la Ley). Vid. J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, *Una aproximación a la teoría del aprovechamiento medio*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 48 (1976), págs. 83 y ss.).

lores que ha tratado de perfeccionar la reforma (arts. 103 y siguientes de la Ley).

Por otra parte, la expropiación puede tomarse como *sistema de actuación*, y como *expropiación-sanción*. Sin olvidar, como dijo E. García de Enterría (40), que late en el *fundamento* de otras vías de actuación (edificación forzosa, limitaciones de uso y disposición, cesiones obligatorias, etc.), o como *límite sistemático* de otras (es el caso de las cesiones gratuitas) o, en fin, como *supletoria* de otros sistemas de actuación, o de simples actuaciones aisladas (artículo 119-4, etc.).

Pero lo más importante de todo es el *sistema de valoraciones*, que según el art. 3-2, d) cumple la función de «afectar el aumento de valor del suelo originario afectado por el planeamiento al pago de los gastos de la urbanización». Lo que desarrolla el Reglamento de Gestión (arts. 131 y siguientes). Lo único que está por ver es si el sistema funciona, o no pasa de ser una utópica aspiración, como la práctica nos irá enseñando, a pesar de que se ha tratado de perfeccionar el sistema anterior, eliminando el *valor comercial* que viene sustituido por el *máximo valor urbanístico*, es decir, el mayor valor fiscal, incrementado por el 15 por 100 de índice corrector, con lo que la diferencia entre solar y terreno urbanizado que mantenía la Ley de 1962, desaparece.

5. CONCLUSION

Volviendo ahora, para terminar, al punto de partida después de esta enumeración de modificaciones del derecho de propiedad, tenemos que establecer en cierta medida alguna conclusión o conclusiones, y que someramente expresadas pueden ser las siguientes:

1.^a Que el derecho de propiedad, como consecuencia del urbanismo, cambia, es evidente. Sin embargo, este cambio que produce numerosas desigualdades entre los mismos propietarios, aunque el complicado sistema legal trate de reducirlas al máximo, no es suficiente para satisfacer las necesidades concretas de una *justicia distributiva* que ha de contemplar a propietarios y no propietarios. Planteamiento que es completamente correcto desde el momento que el urbanismo y la planificación urbana se han convertido en una *función pública*, con lo que, no basta con que sea un instrumento de «fomento» de la riqueza (en este caso de la propiedad urbana), sino que tiene que participar de los caracteres de un «servicio» a la comunidad, eliminando por ello toda discriminación o diferencia de trato, entre propietarios y no propietarios.

2.^a Este fallo tiene muchas explicaciones, pero la fundamen-

(40) *Op. cit.*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 11 (1958), págs. 494 y siguiente). Vid. ahora A. CARRETERO PÉREZ, *La expropiación urbanística y el texto refundido de la Ley del Suelo*, en *Revista de Derecho urbanístico*, 51 (1977), págs. 13 y ss.

tal —desde el punto de vista técnico— estriba en que la Ley del Suelo, a pesar de su prolijidad no es más que un *ordenamiento adjetivo* o procesal, que no aborda en profundidad la verdadera reforma de los derechos subjetivos que utiliza, tal sucede con el derecho de propiedad —presupuesto ideológico— pues, por muchas modificaciones que sufre el sistema jurídico y económico con el que se corresponde queda en pie, cuando a uno le queda la duda de si, por la importancia del urbanismo como fenómeno social y económico, no habría que abandonarle llevando a cabo una reforma sustantiva. Esto se traduce en que, las modificaciones del derecho de propiedad no afectan a su estructura, es decir, a la relación jurídica, pues, a pesar de las intensas modificaciones que sufre como consecuencia de la actuación urbanística no se convierte en una verdadera *propiedad especial* (con un contenido institucional distinto, como lo tuviera el *censo urbano*, o lo puede tener, actualmente el *derecho de superficie*). Si así fuera, los complicados criterios de la reparcelación, del aprovechamiento medio, o de las cesiones gratuitas, podrían ser sustituidos por otras fórmulas más sencillas y seguramente más eficaces. Bien es verdad que, de llegarse a un cambio de este tipo, habría de producirse gradualmente, por etapas sucesivas. No de una vez por todas, porque si hemos visto que no resulta, hasta el momento, el conservar la esencia última de la propiedad privada, de lo que estamos seguros es que tampoco resultaría la colectivización o nacionalización de la propiedad del suelo.

3.^a Una solución más avanzada que la actual, intermedia entre ambos modelos, capitalista y colectivista, sería lo más factible y lo más justo, porque en modo alguno rompería el *equilibrio* paralelo de los poderes del ordenamiento y de los poderes de los particulares, no desnaturalizaría la idea de la *función social* de los derechos privados, pues siempre quedaría a salvo —aunque a través de otros moldes jurídicos— la libertad económica de la autonomía privada, imprescindible en todo proceso de planificación en régimen democrático. De esta manera, la *función social* de la propiedad, debe adaptarse, como viene sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Federal de Karlsruhe, desde 1967, a la propia *naturaleza* del suelo sobre el que recae, limitándose el uso y disfrute del mismo, puesto que aquél pertenece a la comunidad.

4.^a Por último, hemos de recordar que todo modelo de planificación económica, en régimen democrático, al igual que requiere unos requisitos que deben de cumplirse, desde el punto de vista del Derecho público (legalidad, concentración y distribución de competencias, publicidad, sistema de garantías y sanciones, etc.), requiere también para su eficacia la creación de unos *nuevos moldes*, donde encajar los derechos y las manifestaciones de la iniciativa privada, si no se quiere caer en la estatalización del sector y de la riqueza afectada, en este caso, del suelo (solución todavía peor que el desorden urbanístico). De modo que, a la exigencia de

justicia social que implica la necesidad de adaptar la *función social*, más allá de sus originarios límites, se añade el criterio de *racionalidad* que es presupuesto previo, tanto de la formulación de una norma, como de todo tipo de planificación, y más aún si se trata de una planificación de actuaciones, como sucede con el urbanismo.

