



UNIVERSIDAD DE MURCIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

La Propiedad Privada Inmobiliaria
Bases Constitucionales y Régimen Estatutario
de la Propiedad Urbana y la Propiedad Rústica

Dña. Ángeles López Cánovas

2014

**FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE MURCIA**

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

TESIS DOCTORAL

**LA PROPIEDAD PRIVADA INMOBILIARIA
BASES CONSTITUCIONALES Y RÉGIMEN ESTATUTARIO
DE LA PROPIEDAD URBANA Y LA PROPIEDAD RÚSTICA**

**Autora:
LCDA. ÁNGELES LÓPEZ CÁNOVAS**

**Dirección de la Tesis:
DR. D. JUAN ROCA GUILLAMÓN
Catedrático de Derecho Civil**

**DR. D. MIGUEL NAVARRO CASTRO
Profesor Titular de Derecho Civil**

Murcia, 2014

**LA PROPIEDAD PRIVADA
INMOBILIARIA**

**BASES CONSTITUCIONALES Y RÉGIMEN
ESTATUTARIO
DE LA PROPIEDAD URBANA Y LA PROPIEDAD
RÚSTICA**

ÁNGELES LÓPEZ CÁNOVAS

*A mi padre,
José Antonio López Pellicer,
por su infatigable ayuda
en este largo camino que ya culmina,
del que tanto aprendo y al que tanto admiro.*

ABREVIATURAS

| | |
|----------------|---|
| CA/CCAA | : Comunidad Autónoma/Comunidades Autónomas |
| CC | : Código Civil de 1889 |
| CE | : Constitución Española de 1978 |
| DGRN | : Dirección General de los Registros y del Notariado |
| LA | : Ley de Aguas (TR aprobado por RDLeg 1/2001, de 20 de julio) |
| LAR | : Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre) |
| LAU | : Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) |
| LEC | : Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) |
| LEF | : Ley de Expropiación Forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954) |
| LH | : Ley Hipotecaria (TR aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946) |
| LJCA | : Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1988, de 13 de julio) |
| LM | : Ley de Montes (Ley 43/2003, de 21 de noviembre) |
| LOPJ | : Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio) |
| LPH | : Ley de Propiedad Horizontal (Ley 49/1960, de 21 de julio) |
| LRDA | : Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (TR aprobado por D Leg. 118/1973, de 12 de enero) |
| LS/1976 (ó 76) | : Ley del Suelo (TR aprobado por RD Leg. 1346/1976, de 9 de abril) |
| LS/1992 (ó 92) | : Ley del Suelo (TR aprobado por RD Leg. 1/1992, de 26 de junio) |
| LS/2008 (ó 08) | : Ley del Suelo (TR aprobado por RD Leg. 2/2008, de 20 de junio) |
| LSMur | : Ley del Suelo de la Región de Murcia (TR aprobado por D.Leg. 1/2005, de 10 de junio) |
| PAC | : Política Agraria Común |
| RCDI | : Revista Crítica de Derecho Inmobiliario |
| RD | : Real Decreto |
| RD Leg. | : Real Decreto Legislativo |
| RD Ley | : Real Decreto Ley |
| RGU | : Reglamento de Gestión Urbanística (aprobado por RD 3288/1978, de 25 de agosto) |
| RH | : Reglamento Hipotecario (aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947) |
| RDN | : Revista de Derecho Notarial |

RDP : Revista de Derecho Privado
S/SS : Sentencia/Sentencias
TAU : Transferencias de Aprovechamiento Urbanístico
TC : Tribunal Constitucional
TR : Texto Refundido
TS : Tribunal Supremo
TSJ : Tribunal Superior de Justicia

PARTE PRIMERA. CUESTIONES GENERALES

CAPÍTULO PRIMERO

CONSIDERACIONES PRELIMINARES: FACTORES QUE BÁSICAMENTE CONDICIONAN LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA INMISIÓN EN ELLA DEL INTERVENCIONISMO PÚBLICO

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INICIAL. II. TIPO DE INTERESES IMPLICADOS: INTERESES PARTICULARES, INTERESES GENERALES E INTERESES PÚBLICOS. III. LA PROPIEDAD PRIVADA ENTRE EL INDIVIDUALISMO Y LA SOCIALIZACIÓN. IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES Y PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA Y SOBRE LAS MODALIDADES Y TÉCNICAS JURÍDICAS EXPRESIVAS DE LA FUNCIÓN SOCIAL. 1. La concepción de la propiedad privada, como interés y como derecho. 2. Evolución posterior: La “función social” del derecho de propiedad privada. ¿Derecho subjetivo o situación jurídica mixta o compleja? 3. Técnicas jurídicas aplicables para instrumentar legalmente la función social de la propiedad privada. V. LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, VERTIENTES QUE OFRECE Y FUNCIÓN SOCIAL. 1. Reconocimiento constitucional de la propiedad privada. 2. La delimitación de la propiedad privada según la función social que ha de cumplir. Cuestiones que plantea (reenvío). 3. La propiedad privada como institución y como derecho. 4. La definición y extensión de la propiedad, en general, en el Código Civil (art. 348) y su conexión con el orden jurídico constitucional. 5. La propiedad inmobiliaria y las connotaciones que su régimen implica en nuestro ordenamiento civil (artículo 350 CC y legislación registral). VI. RECAPITULACIÓN.

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

La propiedad privada es una de las instituciones más profundamente arraigadas en la realidad del ser humano y de la sociedad. La apropiación de cosas materiales para atender a necesidades o conveniencias de quien, teniéndolas para utilizarlas o consumirlas, trata de sacarle un determinado provecho, es una realidad vital empíricamente vinculada a la persona humana, en todo lugar y circunstancia. Parece evidente que, sin un mínimo de bienes o cosas materiales, sería difícilmente viable una vida humana digna e incluso la propia existencia individual en situación de libertad o no dependencia (en situaciones de normalidad personal).

El Derecho no puede ser, ni es, ajeno a esta realidad, como a otras, según evidencia la experiencia jurídica. De aquí que, en la concepción del Derecho, a su configuración como normatividad característica, preceda o haya de preceder el conocimiento de la realidad empírica regulada –el llamado “Derecho vivo”–, como trata de poner de manifiesto, tradicionalmente, el realismo jurídico o, si se

quiere, las modernas concepciones realistas del Derecho, tanto en el Derecho privado (IHERING) como en el Derecho público (DUGUIT)¹.

Una de las instituciones de Derecho privado cuyo trasfondo real ha de tenerse muy en cuenta, como presupuesto conceptual a su consideración como institución jurídica, es sin duda la propiedad privada, que responde a un tipo de interés –que el Derecho protege-, y que constituye, cabe decir, el prototipo y comparativamente el paradigma de todo el Derecho patrimonial. De aquí que se considere necesario, a fin de llegar a una comprensión global e integradora de la institución civil que va a ser objeto de estudio en las páginas que siguen, el que como presupuestos básicos –y aun cuando excedan de un tratamiento pura y estrictamente jurídico-, se consideren: primero, y con referencia a su elemento sustantivo, la consideración del *interés* –privado- del dueño de la cosa (supuesto que se trata de la “propiedad *privada*”), y *otros tipos de intereses* que, eventualmente, asimismo inciden sobre la misma; y segundo, desde una perspectiva ya formal y propiamente jurídica, el planteamiento moderno que, con el Estado constitucional, llamado “de Derecho”, sigue una evolución desde su inicial etapa, liberal-individualista, a la actual del denominado Estado Social. En el fondo, esta segunda perspectiva –jurídica- no deja de atender y responde también, sustancialmente, a determinados intereses, que siendo esencial y exclusivamente individuales, se ven sin embargo, asimismo limitados después –con el llamado Estado Social- por la incidencia de otro tipo de intereses, generales éstos, en cuanto referidos a la comunidad política.

II. TIPOS DE INTERESES IMPLICADOS: INTERESES PARTICULARES, INTERESES GENERALES E INTERESES PÚBLICOS

La incidencia que intereses de varios tipos –y no solo los particulares del titular del dominio- tienen sobre la propiedad privada en el llamado Estado Social de Derecho de nuestro tiempo, aconseja hacer una referencia, aunque sea somera, a esta importante cuestión, que consideramos sustantiva y básica; aunque no sea ni mucho menos pacífica en la doctrina, dada la diversidad de perspectivas –filosófica, económica, jurídica, etc.- y de pareceres emitidos al respecto sobre ellas, en cuanto a la significación de tales intereses. Adelantando ideas, y para justificar aquí el tratamiento de la cuestión, digamos que intereses particulares son, a este respecto, los que están en la raíz de la “propiedad

¹ Sobre el realismo y el formalismo en la concepción del Derecho, véase la magistral exposición hecha por DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, y en especial su Capítulo I, pág. 5 y ss. Edit. Ariel, 1973. Dice el autor, como punto de partida, que “el derecho es algo que se produce en la vida social [...], por lo que] los fenómenos jurídicos son sustancialmente fenómenos vitales o modos de presentarse y de acontecer la vida humana”. Y más adelante, dice que “el normativismo puro exige una absoluta fidelidad a la letra de la ley ...” y que “con el abandono del normativismo se hace posible una interpretación evolutiva del material normativo y unos medios de interpretación del sistema” [...] (pág. 9).

privada”, mientras que intereses generales y públicos son los que fundamentan la plasmación, en el denominado régimen *estatutario* de la propiedad privada de determinados tipos o clases de bienes, de la “función social” que asimismo la propiedad privada está hoy llamada a cumplir.

Parece indudable, al menos en principio, que, si nos referimos a la propiedad “privada”, el tipo de *interés* que subyace a este tipo de derecho no es otro que el interés propio del titular dominical, el interés privado del dueño, a fin de poder obtener la utilidad o provecho de la cosa cuya propiedad ostenta. Así, pongamos por caso, para atender necesidades vitales y primarias (como son las de alimentación y de vestido, adquiriendo a estos fines los bienes *ad hoc* de consumo), o bien para realizar actividades económicas productivas, que requieran la adquisición de tierra para cultivar, o de suelo donde ubicar construcciones e instalaciones que sean necesarias para llevar a cabo una explotación industrial. En cualquier caso, la guía y fin que mueve la acción del dueño del bien o cosa material no es otro que el de poder utilizarla en su propio provecho o interés, para atender una necesidad o conveniencia individual o particular. Es por ello por lo que, “respecto a la utilidad de los particulares” –en expresión de Ulpiano-, es en el “*Ius privatum*” donde tradicionalmente se incluyen las normas relativas a la propiedad privada.

La creación de una entidad jurídica asociativa particular o privada, sea de carácter civil o mercantil, no altera la naturaleza propia del interés o utilidad que pretenda obtenerse aprovechando la cosa, sea para una finalidad de lucro o de otro tipo. El interés sigue siendo privado y lo único que variará será la forma jurídica adoptada (sociedad mercantil, asociación civil), mediante la creación de una modalidad de actuación asociada, por varias personas –física o jurídicas- para realizar una determinada finalidad común, aplicando una serie de medios, incluso materiales o de cosas. En este supuesto, existirá un interés común a los miembros de la entidad, pero este interés sigue siendo un interés privado, aunque lo sea de todos y cada uno de los asociados, si bien en proporción a sus aportaciones, así como eventualmente de sus beneficios o ganancias. El régimen general que nuestro Código Civil contiene de la sociedad civil regula distintos supuestos o tipos de sociedad donde se tiene en cuenta no sólo la aportación de bienes –y en especial de inmuebles-, también la posible adquisición de ganancias, pero siempre bajo la exigencia general de que la sociedad ha de tener no sólo un objeto lícito, sino también “establecerse en interés *común* de los socios” (art. 1.666 del C.Civil); cuyo interés común, en cuanto referido a los asociados, ha de considerarse, pues, un interés privativo de éstos, en definitiva, un interés privado.

En contraposición a los intereses particulares o privados, sean éstos individuales o bien sean “comunes” a todos los socios de una entidad jurídica privada, pero en todo caso pertenecientes a la utilidad particular (“*quod ad singularum utilitatem pertinet*”, según el tradicional criterio utilizado en la delimitación del Derecho privado), existe otro tipo de intereses cualitativa y

cuantitativamente diferentes calificados ordinariamente como “generales”, que aun cuando también responden, algunos de ellos, a necesidades que asimismo son experimentadas y sentidas por los individuos, sin embargo –y sin perjuicio de acciones de éstos ordenadas a satisfacerlas-, su atención también es asumida por la comunidad de ciudadanos organizada institucionalmente en diversos niveles *públicos* territoriales, a fin de asegurar que en todo caso sean debida y adecuadamente satisfechas esas necesidades colectivas. A tal punto ha llegado la preocupación por este otro tipo de intereses, los intereses generales, que constituyen una de las piedras angulares de la democracia y del Derecho *público*, antiguo y moderno². Entramos, pues, con este otro tipo de intereses, los que son propios –aunque situados en diversos niveles territoriales- de la comunidad de ciudadanos, o si se prefiere de la cosa pública –“res republicae”, decía Cicerón, y Ulpiano “statum rei romanae”-, en el ámbito de otra rama del ordenamiento jurídico, el “Ius publicum”, que –como se verá- con fundamento en la llamada función social, va a penetrar también en el ámbito sustantivo y en el régimen estatutario de la propiedad privada.

Ahora bien, se habla de “intereses generales” y de “intereses públicos”, pero ¿son sinónimos estos conceptos?

Dada la ambigüedad del concepto de interés general, no ha de extrañar que a la dificultad de definirlo, se una su relatividad, respecto incluso a los intereses privados o particulares –sean éstos individuales o comunes a varios asociados-, a los cuales conceptualmente se pretenda o trate de contraponer. Se trata pues de un concepto indeterminado, el de interés general, si bien antes que jurídico, es un concepto material o sustantivo, que incluye, además de un aspecto cuantitativo (como resultado del interés del mayor número de miembros de una comunidad, sea ésta nacional, regional o local), otro aspecto cualitativo (como interés prevalente respecto a otros intereses, no sólo particulares, sino incluso generales aunque de menor rango y trascendencia social), según ha considerado la doctrina publicística que ha estudiado estos conceptos en la perspectiva constitucional (art. 103.1 CE) y jurídico-administrativa³.

² NIETO, A.: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en *Estudios en Homenaje a E. García de Enterría*, III (págs. 2185 y ss), Edit. Cívitas, 1991. En su estudio, hace el autor, con su habitual maestría, un recorrido del “estado de la cuestión”, que incluye además de las perspectivas metodológicas y conceptuales del tipo de intereses a que se refiere, la relación de inmanencia o trascendencia de los intereses generales respecto de los particulares, y su tratamiento jurídico, con especial referencia a la actual Constitución Española.

³ Además del estudio de NIETO, A., cit. en la nota precedente, han de citarse a PAREJO, L., que analiza “el interés general o público” y su eventual composición con el interés privado, en *Manual de Derecho Administrativo*, Edit. Ariel, Barcelona, 1992 (pág. 303 y ss); BOQUERA OLIVER, J. M^a, en *Derecho Administrativo*, Edit. Instituto de Estudios de Administración Local, 1983 (pág. 78 y s), donde se cita al respecto a VEDEL, G.: *Droit Administratif*, París, 1980 (pág. 414); y SAINZ MORENO, F.: *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*, Edit. Cívitas,

Lo que conviene anotar aquí, al objeto de nuestro tema, es que la delimitación entre uno y otro tipo de intereses, los privados o particulares (en la propiedad privada, obviamente los intereses del dueño de la cosa) y los generales (que inciden en ese derecho por vía de la “función social”), no siempre se hallan situados en posiciones contrapuestas, y que el Derecho interactúa entre ambos intereses para integrarlos y armonizarlos. Como ha dicho el Tribunal Supremo, “en la actualidad lo público y lo privado se entremezclan, a veces se confunden, y cada vez en mayor número de casos, en vez de oponerse, entran en fase de franca colaboración”⁴. Piénsese, por ejemplo, en los intereses propios de los consumidores de bienes y los usuarios de servicios, y la *protección* que a los mismos otorga, por razón de interés general, el ordenamiento jurídico, dada la especial relevancia y trascendencia que para la salud, seguridad y los intereses económicos de *todos* los consumidores y usuarios tiene esta materia.

Por otra parte, interesa resaltar la más precisa significación jurídica que, respecto al interés general, tiene el concepto de interés “público”, dada la especial trascendencia que determinados intereses generales tienen y que justifica que el Derecho confiera, como confiere, a los poderes públicos, dentro de sus respectivas funciones, el encargo de definirlos, desarrollarlos e incluso hacerlos eficaces y operativos. Así, en nuestro ordenamiento jurídico, la vigente Constitución contiene una serie de objetivos de interés general y público en diversas materias (así, la citada del consumo, también en urbanismo, medio ambiente, etc.), cuyo desarrollo encarga al legislador, estatal o autonómico –en sus respectivas competencias-, y cuya ejecución ha de realizar la Administración, bajo el control de los Tribunales (arts. 53.3, 103.1 y 106.1 CE; y en especial, respecto a la propiedad privada, y por lo que se refiere a los intereses generales y públicos implicados en la “función social” que, según el correspondiente régimen legal estatutario, el precepto del art. 33.2 de la propia Constitución determina, con una reserva de Ley que incluye la intervención de

Madrid, 1976 (pág. 313 y ss). Por su relación con los intereses particulares, NIETO, A. (*ob. cit.*, pág. 2195, y 2205 y s) distingue entre intereses generales vinculados a aquéllos (de los que se deducen y a los que armonizan o integran, calificándose como intereses “generales” *inmanentes*) e intereses generales independientes de los particulares (intereses “públicos” *trascendentes*), distinción cuyas bases ideológicas y conceptuales analiza el autor. Existen otros intereses sociales y económicos de grupos, no bien definidos desde el punto de vista jurídico y que se consideran “legítimos” pero “difusos”, como efectos reflejos del ordenamiento.

⁴ Sentencia TS (Sala 3ª) de 24 de noviembre de 1981 (Cdo nº 8). En el Derecho romano, en el que la propiedad atribuye a su titular un poder pleno sobre la cosa, sin embargo las normas relativas a la organización y gestión de la ciudad se consideraban de Derecho público (*Ius publicum*), en razón de ordenar una utilidad pública (*Vid.* FERNÁNDEZ BUJÁN, A.: *Derecho Privado Romano*, 3ª edición [pág. 39], Edit. Iustel, Madrid, 2010). Sobre la evolución de la propiedad privada en este Derecho, véase *infra* (nota 8).

la Administración pública por vía normativa secundaria, y no solo por vía ejecutiva, como se detalla más adelante).

III. LA PROPIEDAD PRIVADA ENTRE EL INDIVIDUALISMO Y LA SOCIALIZACIÓN

En su dimensión sustantiva y desde su propia raíz, la propiedad privada supone, pues, digamos que de suyo, por su propia naturaleza –tal y como ya nos indica el calificativo de “privada”– la existencia de un interés particular o privado, que permite satisfacer una utilidad o provecho propio, personal del dueño de la cosa (o alternativamente, obtener una renta, en caso de cesión de su uso o aprovechamiento a otro). De aquí que, en cuanto este interés recibe la protección del Derecho, tradicionalmente sea considerada la propiedad privada como institución civil, siendo ubicada por ello en el ámbito del Derecho Privado, de donde no ha sido desplazada por parte del Derecho Público, que se ha limitado a “reconocerla” como derecho cuando modernamente se implanta el régimen constitucional⁵ con el Estado liberal, y cuyo reconocimiento y protección como derecho subjetivo ha sido una constante desde entonces, en los países del mundo occidental. Que, con la evolución del Estado de Derecho, se haya “publicado”, en mayor o menor medida, su régimen, por el condicionamiento legal del *ejercicio* de ese derecho, y cuyo régimen viene establecido en función del obligado cumplimiento de determinados intereses generales o públicos –que justifica la imposición de determinados límites y deberes–, no priva a este tipo de derecho de su naturaleza civil. La estatalización creciente, que ha afectado a esta institución, no ha producido, sin embargo, el desbordamiento del límite que representa el reconocimiento y protección

⁵ La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789, declara que la propiedad es un derecho “natural e imprescriptible del hombre” (art. 2), “un derecho inviolable y sagrado”, por lo que “nadie puede ser privado de ella, a no ser que lo exija de manera evidente la necesidad pública legalmente constatada, bajo la condición de una indemnización justa y previa” (art. 17). Después, esa Declaración sería colocada como preámbulo de la Constitución de 1791. (*La Revolución francesa en sus textos*, Edit. Tecnos, Madrid, 1989).

A las ideas “ilustradas” que están en la raíz de estos documentos, se une históricamente el recuerdo de J. Bentham y la doctrina utilitarista del siglo XVIII, sobre los efectos económicos de la propiedad privada: “Sin leyes –decía aquél– no hay seguridad [y], por consiguiente, no hay abundancia, ni aún subsistencia cierta, y la única igualdad que puede existir en este estado, es la igualdad en la desgracia”. Cita que se toma de G. ARIÑO ORTIZ, en “Propiedad, libertad y empresa” (en el vol. colectivo *La empresa en la Constitución Española*, Edit. Aranzadi, 1989, pág. 105), donde asimismo, respecto a la *función económica* que cumple la protección legal del derecho de propiedad privada, y con cita de R. Posner (“La creación de incentivos para el uso eficiente de los recursos” o bienes), G. ARIÑO hace allí una serie de consideraciones sobre la importancia del reconocimiento y protección jurídica de este derecho. Asimismo, en *Economía y Estado*, Edit. Marcial Pons, 1993 (págs. 67 y 80 y s).

constitucional de la propiedad privada. No ha habido tampoco, por ello, un desplazamiento a este respecto del Derecho Civil por parte del Derecho Público, a que se refieren algunos autores⁶.

Parece oportuno, a este respecto, traer a colación en este capítulo preliminar, esta evolución del Estado de Derecho que facilite la comprensión actual –bien conocida, por lo demás, en esta sede académica- de la temática de la propiedad privada. También parece conveniente hacerlo, por ello mismo con alguna simplificación, limitando las consideraciones que, a continuación, se hacen a aquellos aspectos o cuestiones que convienen al propósito y objeto del presente trabajo.

En la concepción liberal que inspira inicialmente el nuevo orden constitucional, es sabido que la propiedad privada, juntamente con la libertad, constituyen derechos individuales, cuya protección es considerada fundamental para el funcionamiento espontáneo o “natural” de la sociedad. La libertad y la propiedad, según esta concepción, son derechos fundamentales que definen el ámbito de autonomía individual de los ciudadanos. El ejercicio de estos derechos supone, pues, la realización del interés propio personal, sin otras limitaciones que las que establece la Ley, a fin de asegurar la concurrencia en el ejercicio que de sus propios derechos hacen los demás ciudadanos. El interés general de la sociedad, el interés social, queda fuera por ello del ámbito de ejercicio de los derechos individuales y, por ende, de la propiedad privada. El orden y el bien de la sociedad es resultado que de forma natural y espontánea se produce al actuar cada individuo en su propio provecho personal. La llamada “mano invisible” (Adam Smith) expresaba gráficamente esta idea de que los hombres al buscar libremente su provecho y beneficio también procuran lo mejor para la sociedad, como consecuencia del funcionamiento del mercado de bienes y servicios.

El interés individual, o personal, y el interés de la sociedad vienen así a identificarse y fusionarse, como las dos caras de una moneda. La construcción jurídica efectuada, a partir, y sobre la base, de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 (*supra*, nota 5) y de la codificación napoleónica (art. 544 del Código Civil francés), ha venido a condicionar en este punto –como en los demás países de tradición latina- el ordenamiento jurídico español, en la definición contenida en el artículo 348 de nuestro Código Civil (*infra*). En ella late la concepción liberal que, según el pensamiento ilustrado que le sirve de soporte⁷, consideraba al hombre libre por naturaleza y, como tal, titular de una

⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *El Derecho Civil a finales del Siglo XX*, Edit. Tecnos, 1991 (pág. 128). “Lo que hay más bien –dice el autor (pág. 133)- es una alteración en el equilibrio interno del Derecho Civil, como consecuencia de un cambio en la percepción social y política de los campos más necesitados de control social (del que la regulación imperativa es instrumento)”.

⁷ Como dice MONTES PENADÉS, V.L., “el texto del artículo 544 del *Code* condensa unas líneas de pensamiento filosófico, económico y jurídico: el iusnaturalismo racionalista templado por el

serie de derechos que son inherentes a su propia naturaleza –derechos naturales-, que por ello ha de proteger el Estado, que sólo puede limitar los derechos individuales, y entre ellos el de propiedad, más que lo que sea indispensable para asegurar, asimismo, el ejercicio que de sus propios derechos realicen los demás ciudadanos, es decir, la concurrencia y convivencia en sociedad.

Limitado así el papel del Estado, según el pensamiento liberal, a definir y establecer un orden jurídico de la sociedad que haga posible la concurrencia en el ejercicio de sus derechos por todos y cada uno de los ciudadanos –poniendo en manos del libre y espontáneo juego de la iniciativa de éstos la vida económico-social-, y específicamente el de propiedad privada y, en su virtud, el uso y disposición de los bienes, se concibe como un derecho real, se dice, absoluto, en principio ilimitado (en su contenido, ejercicio y duración), que toma como modelo la construcción romana del *dominium*⁸. Es “absoluto” este derecho en su contenido porque concede al dueño un poder pleno sobre el bien o cosa que constituye su objeto; y en su ejercicio, porque el uso y aprovechamiento de la cosa queda a la libre voluntad y conveniencia del titular –según su propio interés-, sin más deber que el de respetar las restricciones o limitaciones –extrínsecas- impuestas por la Ley para armonizarlo con el interés general que representa su ejercicio en concurrencia (relaciones de vecindad, prohibiciones legales de disponer, etc.), y sin perjuicio de otros límites, más bien

empirismo de Locke, la visión económica de los fisiócratas, la aportación de los grandes juristas –sobre todo los franceses- de los siglos XVII y XVIII” (*La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, Edit. Cívitas, Madrid, 1980, pág. 51). Véase asimismo, sobre la codificación civil, evolución y crisis del Derecho Civil contemporáneo, ROCA GUILLAMÓN, J.: “Codificación y crisis del Derecho Civil”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990 (pág. 1755 y ss).

⁸ En la fase más evolucionada del Derecho romano clásico, ya que en una primera etapa la propiedad de la tierra correspondía a diferentes grupos gentilicios –siendo objeto de utilización *colectiva*-, a la que seguiría, en la etapa republicana, la conformación de una propiedad básicamente *familiar* cuya titularidad correspondía al *pater familiae*, pero que en una tercera etapa, durante la República, se configuraría como un poder patrimonial *individual* pleno sobre una cosa, con limitaciones legales (que ya parecían en el Código de los XII Tablas), y cuya titularidad podía corresponder, como “*dominus proprietatis*”, no solo al cabeza de familia sino también a los hijos sometidos a patria potestad. Sobre esta evolución, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Privado Romano*, 3ª edición, Edit. Iustel, Madrid, 2010 (pág. 382 y ss). Este autor dice, por otra parte, que la propiedad romana definida como *ius utendi et abutendi* no se halla en las fuentes romanas, sino que fue enunciada por los juristas medievales, lo mismo que sucede con la afirmación de que la propiedad del suelo se extiende *usque ad coelum et ad inferos* (pág. 383 y s.). En el mismo sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C., dice que la definición *dominium est ius utendi et abutendi* [...] no constituye expresión del concepto originario de la propiedad en Derecho romano, debiéndose aceptar, por el contrario, como más segura la concepción de la titularidad dominical plasmada en la *plena in re potestas* (*Principios de Derecho Civil*, tomo IV, Edit. Trivium, 1998, pág. 62).

éticos, como los impuestos por la buena fe y la prohibición del abuso de derecho (llamados por ello límites internos o “intrínsecos”).

Sobre esta concepción tradicional de la propiedad privada, reactualizada por el pensamiento liberal, van a incidir sin embargo las nuevas concepciones sociales, que cristalizan en una serie de transformaciones operadas no solo en la propia sociedad, también –y como consecuencia- en los ordenamientos que habían recogido ese concepto del derecho de propiedad privada. Los cambios económico-sociales determinan, en su dimensión jurídica, que se enfatice, respecto a este tipo de derecho –fundamental en la economía liberal y estrechamente vinculado según lo dicho a la libertad individual-, la reforma social que, como función propia, también asume el Estado y por ende el Derecho, trayendo consigo especialmente respecto a la propiedad individual, que la utilidad de ésta no se agote en el puro beneficio de su titular, y que obliga a éste a tener en cuenta la nueva vertiente social. Cristaliza así la idea que, en este sentido, enfatiza el *deber* de que, en el ejercicio de la propiedad privada, se asuman también las potencialidades que en beneficio de la sociedad –por ende, de intereses generales- ha de comportar a este respecto la implantación del llamado Estado Social de Derecho. Es así como éste encuentra, específicamente en el terreno de la institución civil de la propiedad privada, uno de los ámbitos en el que se pone de manifiesto, con mayor o menor amplitud según el régimen legal estatutario aplicable a determinados tipos de bienes, el conocido fenómeno jurídico de la “publicación” del Derecho Privado o, con más precisión, de la institución civil que se considera.

El principal exponente, en la dogmática jurídico-pública, de esta posición, ha sido L. DUGUIT, quien a principios del siglo XX y desde una concepción sociológica y positivista –que enlazaba con A. COMTE-, llega al extremo de negar la categoría de la propiedad-derecho para sustituirla por la propiedad-función, esto es, entendida como función social, en los siguientes términos:

“la propiedad no es ya, en el Derecho moderno, el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee la riqueza tiene sobre ella [...]; pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de la riqueza tiene, por el hecho de poseer esa riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social al propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino”⁹.

⁹ En *Las transformaciones del Derecho Público y Privado* (traducción de A. Posada y otros), Edit. Comares, Granada, 2007 (pág. 158), con referencia a la obra –cuyo texto incluye- *Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón* (trad. C. G. Posada), Edit. F. Beltrán, Madrid, 1921. Asimismo, sobre la concepción realista de LEÓN DUGUIT: LASARTE, C.:

Así pues, DUGUIT rechaza el concepto –no la existencia- de la propiedad privada como derecho subjetivo, concibiéndola como una función socio-jurídica, para significar que no es un poder jurídico absoluto, sino que ha de satisfacer necesidades colectivas y no solo individuales.

La crisis de la concepción liberal individualista, cuyos principales aspectos señalaba y consideraba con acierto el iuspublicista francés, le lleva sin embargo así al punto de negar la propiedad privada, como derecho subjetivo, supuesto que a ello conduciría el afirmar que ésta ha de ejercerse no tanto en atención al interés del dueño cuanto en interés social. Si se admitiera que la propiedad privada es sólo una función social, el propietario –se ha dicho- dejaría de ser tal, para convertirse en una especie de funcionario o concesionario; por lo que, al ser incompatible con la naturaleza de derecho subjetivo que tiene en la actualidad la propiedad privada, tal concepción no suele, ni puede ser admitida¹⁰. Que la propiedad privada, como derecho subjetivo, deba cumplir en su ejercicio una función social, no significa, pues, que “es” o sea una función social, sino que el dueño de la cosa, según el régimen legal aplicable a la misma, venga obligado por este régimen –“estatutario”- a cumplir determinados límites, deberes positivos y cargas condicionantes del ejercicio del propio derecho (*infra*, Capítulo Tercero).

Función social ésta que, dentro de ciertos límites, no puede ni debe llegar, no ya al extremo de anular la utilidad o interés individual del propietario, sino ni siquiera a desfigurar en su regulación estatutaria a la propiedad privada. La reacción que, frente al individualismo liberal, late en la “socialización” que, funcionalmente, ha de cumplir este derecho –según el régimen legal aplicable a determinados bienes- en su ejercicio, no puede llevarse, por lo tanto, al extremo

“Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”, en *Estudios de Deusto*, vol. XXV (enero-junio de 1977), pág. 101 y ss, donde se analiza la propuesta de L. Duguit, señalándose como punto débil de la misma, entre otros, el de considerar la función social como superación de las doctrinas del abuso de derecho y de la limitación del derecho de propiedad, calificadas por él de contradictorias (págs. 108 a 112); además, la construcción duguitiana, dice LASARTE, no está exenta de carga ideológica y para demostrarlo baste recordar que la negación del derecho subjetivo coadyuvó al montaje político de los regímenes autoritarios (pág. 113). Véase asimismo, COLINA GAREA, R.: *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Edit. Bosch, Barcelona, 1997 (pág. 178 y ss).

¹⁰ Así, COLINA GAREA, *ob. cit.* en la nota anterior (pág. 180 y s), quien considera que “al dejarse llevar (L. DUGUIT) por sus convicciones ideológicas, su rechazo radical del individualismo jurídico y su gusto por el Derecho objetivo-positivo, exageró en exceso las consecuencias jurídicas que esas transformaciones sociales iban a producir en el ámbito normativo. Si bien es cierto que los esquemas liberales han sido totalmente superados, y que la propiedad ya no puede ser configurada como un derecho subjetivo absoluto e intangible, no es menos cierto que [...] en la propiedad privada concurren los rasgos identificativos de la fisonomía esencial del derecho subjetivo”.

de que estas regulaciones estatutarias imperativas –de Derecho Público– impongan una relación desequilibrada, a favor de los intereses de la sociedad (intereses generales o públicos) y en excesivo detrimento del interés del propietario particular, que constituye la sustancia y el verdadero centro de gravedad de un derecho, como el de propiedad, que significativamente se califica de manera específica como “privada”. En otro caso, de prevalecer el interés general propio de la función social, ese calificativo que sigue al sustantivo y que define a una cosa como “propia” de una persona, sería puro y simple nominalismo, pura retórica carente de sentido.

En suma, pues, cabe concluir *prima facie* de lo expuesto que, entre la propiedad individual o privada, por un lado, y la “socialización” impuesta por otro y dentro de ciertos límites, a este derecho, por normas de Derecho Público, éstas han de respetar la sustancia propia de aquélla, de manera que el titular civil de la cosa pueda atender primordialmente con ella a la satisfacción de su propio interés (beneficio, posible rentabilidad, utilidad), una vez cumplidos los deberes legalmente impuestos a favor del interés de la sociedad. (En los Capítulos que siguen se pretende desarrollar esta idea que, como conclusión, adelantamos y que tratará de confirmarse no solo de modo general, sino ante los diversos y especiales regímenes legales estatutarios de la propiedad inmobiliaria que se contemplan).

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES Y PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA Y SOBRE LAS MODALIDADES Y TÉCNICAS JURÍDICAS EXPRESIVAS DE LA FUNCIÓN SOCIAL

1. La concepción de la propiedad privada, como interés y como derecho

La propiedad es “tan antigua como el mundo”, se ha dicho¹¹ para poner de relieve su estrecha vinculación a la existencia humana y a la tendencia o inclinación natural del hombre a apropiarse de cosas para aprovecharlas y atender con ellas a sus necesidades actuales e incluso futuras. Supone, pues, un interés de quien se adueña de una cosa. Es ésta una constatación elemental, que de manera ciertamente expresiva indica esa frase entrecomillada. Supone o presupone, por ello, la propiedad individual, un *interés* de la persona, en su relación con las cosas, porque éstas le satisfacen una necesidad que se siente y que le proporciona a su dueño algún tipo de utilidad, provecho o beneficio. Se trata, pues, de una realidad, ésta a que nos referimos, humana e histórica “tan antigua” como el hombre (y su natural inclinación): en las primeras páginas del Génesis, cuando Yahvé decide la expulsión del Paraíso de Adán y Eva, lo hace porque éstos habían tomado frutos del árbol del “conocimiento del bien y del

¹¹ PESET REIG, M.: “Acerca de de la propiedad en el Code”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 515 (1976), pág. 888.

mal”, incumpliendo con ello la prohibición divina de tomar estas cosas del huerto del paraíso, lo que lógicamente supone que sí podían hacerlo de las demás, sobre las que les otorga dominio, en la medida en que les fueran precisas para satisfacer sus necesidades y la realización de sus fines.

La noción de propiedad privada como *derecho* supone un paso más: el de la existencia de una ordenación jurídica, u ordenamiento, que erija ese interés personal a la categoría *ius*. Este cambio, en los antecedentes de nuestro mundo occidental, se produce en el Derecho Romano, donde desde los primeros tiempos la propiedad se conforma como el más amplio poder que el ordenamiento jurídico confiere a una persona sobre una cosa (*plena in re potestas*), aunque esta idea se materializara de diferente forma en las distintas etapas históricas¹².

No es este lugar para detenerse en la evolución histórica del derecho de propiedad privada¹³. Lo que sí conviene tener en cuenta, porque aún hoy ocupa un lugar importante en nuestro vigente ordenamiento jurídico, es que el concepto de propiedad privada contenido en el Código Civil (artículo 348: “La propiedad es el derecho a gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”) se recibe en nuestro Derecho, con la codificación y como resultado de la revolución liberal, si bien bajo una concepción más moderada que la del liberalismo individualista reflejada y acogida en el *Code* francés (artículo 544: “el derecho de gozar y disponer de los bienes de la manera más absoluta”), ya que el precepto del CC español, no hace referencia a la expresión “de la manera más absoluta” de la facultad de goce de los bienes, por una parte, y porque no cita a “los reglamentos” como fuente de limitaciones de las facultades del propietario¹⁴. El CC español se refiere en dicho precepto sólo a las limitaciones establecidas en “las leyes”, aunque esta reserva

¹² FERNÁNDEZ BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit en la nota 8.

¹³ Sobre la evolución histórica general del derecho de propiedad, CASTÁN TOBEÑAS, J: *Derecho Español Común y Foral*, Tomo II, vol. 1º (revisado y actualizado por GARCÍA CANTERO, G.), Edit. Reus, 1987, pág. 104 y ss; asimismo, en España (pág. 122 y ss).

¹⁴ MONTES PENADÉS, V.L.: *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, Cívitas, 1980 (pág. 62). Sobre el significado del calificativo “absoluto” que utiliza el *Code* francés, en su contexto histórico, *vid.* el libro de COLINA GAREA, R. cit. *La función ...*, pág. 86 y ss. Según R. BERCOVITZ la expresión “de la manera más absoluta” contenida en el artículo 544 del CC francés trae causa de la voluntad del codificador francés de salvaguardar frente a los poderes públicos la propiedad privada surgida en 1789, voluntad que conduce a aquél a afirmar el carácter absoluto del poder de los propietarios, para colocarlo así en pie de igualdad frente a otro poder absoluto, la soberanía del Estado. “Tal es el verdadero sentido –dice BERCOVITZ- de la expresión contenida en el art. 544 del Código francés (“de la manera más absoluta”) y no el de conceder al propietario facultades ilimitadas, que carecerían de lógica junto a la referencia contenida en el mismo texto legal a la existencia de límites legales y reglamentarios. (*Qué es la propiedad privada*, Edit. La Gaya Ciencia, Barcelona, 1977, pág. 8).

de ley tanto la doctrina como la jurisprudencia la han entendido en sentido material, esto es, como norma jurídica, incluyendo en ella, pues, no solo la ley formal sino también las normas reglamentarias, si bien con cobertura éstas en la ley.

Por lo demás y en todo caso, esas “limitaciones” legales se han entendido como restricciones que como tales comprimen el contenido y ejercicio del derecho de propiedad privada, que tienen carácter externo o “extrínseco” –en cuanto impuestas desde fuera por la ley, excepcionalmente-, así como su carácter negativo, en cuanto impiden o prohíben al dueño de la cosa ejercer la plenitud de facultades contenidas en su derecho de gozar y disponer de la cosa, en la medida que la limitación legal de este derecho imponga.

2. Evolución posterior: La “función social” del derecho de propiedad privada. ¿Derecho subjetivo o situación jurídica mixta o compleja?

Las nuevas circunstancias socio-económicas determinantes de los cambios operados, primero, en la propia sociedad, desde la 2ª mitad del siglo XIX¹⁵, y después en el Estado de Derecho, a partir sobre todo en éste de la Constitución alemana de Weimar (1919) que, como fruto del compromiso entre las fuerzas políticas conservadoras y las socialistas, mantiene el reconocimiento de la propiedad privada, pero bajo el mandato de que también debía servir ahora al fin de la sociedad; lo cual determina la superación así, por primera vez en un texto constitucional, del tradicional concepto liberal de la propiedad¹⁶. Se inicia así, con esta concepción, el nuevo perfil jurídico de la propiedad privada, en cuyo régimen sectorial –esto es, respecto a la regulación estatutaria de determinados tipos de bienes-, se incluirán después limitaciones, deberes y cargas impuestas por normas de Derecho público, en orden al cumplimiento de determinados intereses generales y públicos.

¹⁵ Que tienen reflejo en la doctrina social de la Iglesia católica, a través de diversas Encíclicas Pontificias: la *Rerum Novarum*, del Papa León XIII (1891), y después la *Quadragesimo Anno*, de Pío XI (1931) y *Mater et Magistra*, de Juan XXIII (1961), sobre todo; encíclicas en las que se postulaba la función social de la propiedad privada, en sentido fundamentalmente ético, como deber moral o de conciencia y en línea con el servicio que este derecho, que la Iglesia considera natural, debe cumplir respecto al bien común y no solo al servicio del interés particular del propietario. Sobre esta concepción social de la Iglesia católica, con referencia al derecho de propiedad, RUIZ-GIMÉNEZ, J.: “La propiedad”, en *Comentarios a la Mater et Magistra*, Edit. Católica, BAC, 1962, pág. 455 y s., donde además de a la vertiente ética de la función social de la propiedad, el autor se refiere a la de la justicia social, que pesa sobre el dueño a ejercitar la propiedad de la forma más eficaz posible y la dedicación de las fincas urbanas y rústicas de modo beneficioso.

¹⁶ HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, Edit. Ariel, Barcelona, 1987, pág. 124. Asimismo, COLINA GAREA, R. *La función ...*, pág. 171 y ss.

Este nuevo perfil jurídico-público de la propiedad privada plantea cuestiones de especial calado, como la de si la función social forma parte del contenido de este derecho y, en concreto, de su contenido esencial; y la de si la propiedad privada es, debido precisamente a esta función social, un derecho subjetivo o varía su naturaleza y constituye otro tipo de situación jurídica distinta, como derecho-deber, esto es, como una situación mixta o compleja (que junto a su tradicional faceta activa –facultades-, incluiría otra obligacional); o la de si quizá más bien estaríamos ante un tipo de derecho subjetivo “debilitado”. Cuestiones éstas, y otras a ellas ligadas, a las que habrá que dedicar la necesaria atención en este trabajo, dada la diversidad de opiniones expuestas por la doctrina, tanto por la civilista como por la iuspublicística y administrativista, que quizá por la diversidad de perspectivas adoptadas en el enjuiciamiento de esas cuestiones –y en algunos casos bajo el influjo larvado de ideologías políticas-, no es ni muchos menos pacífica.

Habrà, pues, que tratar éstas y otras cuestiones, que tocan o pueden tocar –depende de la conclusión a que razonable y razonadamente se llegue- al núcleo y a la naturaleza misma de la institución de la propiedad privada. Ni que decir tiene que su análisis, aunque no se realice ahora, en este lugar, ha de hacerse partiendo de las diversas posiciones que la doctrina mantiene, para enjuiciarlas a la luz del ordenamiento jurídico y, sobre todo, de la interpretación de las normas constitucionales referentes a la propiedad privada, para llegar a conclusiones que puedan considerarse razonadas.

De la conclusión a que se llegue respecto al contenido –esencial e incluso no esencial o adicional- dependerá, cabalmente y según se ha indicado, el que la propiedad privada pueda seguir calificándose como auténtico derecho subjetivo –esto es, como un determinado tipo de *interés*, obviamente el interés particular del propietario, protegido por el Derecho-, supuesto que, en otro caso, constituiría una heterogénea amalgama o mixtura de posiciones o situaciones jurídicas, unas activas (facultades) y otras pasivas (limitaciones, deberes y cargas), lo que podría llevar a desfigurar y desnaturalizar el “derecho” de propiedad privada¹⁷.

¹⁷ Así, Díez Pícazo, L. ha considerado que “al ponerse de moda por influjo de la doctrina de la Iglesia católica la cláusula de la función social de la propiedad, se vino a entender que la propiedad no es sólo una situación de poder jurídico, esto es, un derecho subjetivo, sino que es una situación jurídica compleja, en la que al lado de las facultades de uso, goce y disfrute del bien, pueden coexistir cargas y obligaciones, impuestas por las leyes o, en su caso, por los reglamentos, para permitir la satisfacción de los intereses públicos o intereses genéricamente denominados como sociales” (“Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, en *Homenaje al prof. E. García de Enterría*, Edit. Cívitas, 1991, pág. 1259). Asimismo, sobre la calificación de la propiedad privada como derecho-deber o situación jurídica compleja, COLINA GAREA, R., en *La función ...*, cit., págs. 205 a 208, así como vid. su nota 9 donde se citan a otros autores (Moreno Quesada, Rey Martínez *et alii*).

3. Técnicas jurídicas aplicables para instrumentar legalmente la función social de la propiedad privada

Al supuesto carácter “absoluto” de la propiedad privada –bajo el influjo quizá del *Code* francés napoleónico-, la dogmática jurídica aún continúa refiriéndose utilizando ese calificativo, pese a afirmar que tal concepción, de este tipo paradigmático de derecho subjetivo patrimonial, sólo puede ser mantenida si se considera aún vigente la conexión entre propiedad y omnimoda libertad. Desde esa premisa dogmática –se dice- “es lógico que se señale la contradicción entre propiedad privada y función social”; afirmándose que “si se sigue identificando el dominio con la idea plena y absoluta de libertad, no cabe duda de que las exigencias de tipo social, en tanto que conllevan una restricción de esa libertad plena, resultan radicalmente antitéticas y, por tanto, indisolubles en su interior”¹⁸.

Es lo cierto, no obstante, que la referencia a ese todavía supuesto carácter “absoluto” de la propiedad privada, que hace de ésta una especie de derecho o poder jurídico ilimitado, sin restricción, y que hoy no es predicable de ningún tipo de derecho –ni por lo tanto, del de propiedad-, nos parece que pese a ello no puede ponerse aún ese calificativo como característica referencial de este tipo de derecho, como no sea –cuando aún se alude al mismo- para descalificar su raíz liberal –ya en el régimen constitucional-, y justificar –sin necesidad ya de utilizar tal calificativo-, por contraposición, la función social que ha de cumplir legalmente la propiedad privada¹⁹. Que esta nueva función, impuesta en

¹⁸ COLINA GAREA, R.: *La función ...*, cit., pág. 199, a partir de una cita de S. Rodotà, sobre la conexión entre propiedad y omnimoda libertad, expuesta por este autor italiano en varios estudios citados allí a pié de página, y que COLINA GAREA toma como referencia para decir que “de esta transformación en sentido social se deriva que la propiedad ya no puede ser entendida como un poder de disposición ejercitable en completa y total libertad para su titular”.

¹⁹ Cuando aún era intensa la concepción liberal, R. IHERING decía que “no es verdad que en la idea de propiedad se encierre un poder absoluto o ilimitado de disposición. La sociedad no puede tolerar ni ha tolerado nunca tal configuración de la propiedad: la idea de propiedad no puede conllevar algo que esté en oposición con la idea de sociedad” (*El fin del Derecho*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1978, pág. 251 y s). La afirmación de WINSCHIED sobre la propiedad como derecho ilimitado, ya entonces fue considerada como exagerada por WOLF, según expone COLINA GAREA, en *La función ...*, pág. 92. Dice también, a este respecto, LASARTE, C. que la concepción de la propiedad como derecho de carácter absoluto tropieza con una objeción fundamental que puede formularse en sencillos términos: la ilimitación plena del dominio no se puede encontrar a lo largo de la historia en ningún ordenamiento jurídico que haya superado fases arcaicas o primitivas y de aquí que, como se ha visto, incluso en el antiguo Derecho romano la prístina y absoluta independencia atribuida al *dominium ex iure Quiritium* sufriese atenuaciones de importancia, demostrando con ello que “el derecho absoluto se muestra, en seguida, incompatible con la coexistencia social”, en cuanto el desenvolvimiento simultáneo de las facultades de diversos propietarios exige restringir el campo de actuación propio de cada uno de ellos. (*Principios de ...*, IV cit., pág. 64).

beneficio de intereses generales o públicos, limite y condicione de modo legal el ejercicio del derecho de propiedad, no impide, a nuestro juicio, que este derecho conserve y mantenga su raíz liberal, pues que las facultades que integra básicamente suponen, cuando se ejercitan, la libre decisión de su titular, del dueño, respecto a la utilización y disposición que el mismo considere más conveniente a su particular y propio interés; ni que decir tiene que en el marco de la legalidad. La plenitud o complitud de facultades a que, de forma genérica, se refiere nuestro Código Civil (art. 348) como “el derecho a gozar y disponer de una cosa” por su titular, va inmediatamente seguida, no se olvide, por la exigencia de cumplir, en su ejercicio por éste, las “limitaciones” que las leyes impongan en su caso; lo que, ya desde la propia concepción de nuestro Código Civil, desmiente desde su definición ese supuesto carácter absoluto, que no obstante aún sigue predicándose por algunos autores de la propiedad privada codificada, como si todavía no se hubiese superado, ya en el propio CC, esa supuesta concepción irrestricta de este derecho.

Como con anterioridad se ha señalado, es cierto que la concepción ideológica liberal inspiradora de esta definición y contenido –en general- del derecho de propiedad privada, lo tipifica y caracteriza con sumaria referencia a *todas* las facultades que atribuye al dueño (usar la cosa, aprovecharla, disponer de ella, reivindicarla), pero esta plenitud de facultades no supone, ni mucho menos, que la propiedad privada sea un poder jurídico o derecho ilimitado o “absoluto”: las leyes, como disposiciones del poder legislativo, pueden establecer y establecen restricciones o “limitaciones” a este derecho, que su titular-propietario viene obligado a cumplir. Lo que sucede es que, en el contexto del liberalismo individualista, esas “limitaciones” de la propiedad como se ha indicado tenían por objeto fundamentalmente ordenar de modo general la concurrencia en el ejercicio por todos de sus propios y respectivos derechos (según revela el propio CC en su regulación, pongamos por caso, de las llamadas relaciones de vecindad o contigüidad entre los fundos), pero a cuyo sentido se une, con el llamado Estado Social, otro tipo de restricciones de la propiedad privada, que han venido a ampliar las inicialmente previstas en el régimen liberal.

En efecto, las limitaciones legales –que, como tales, tienen carácter general- se configuran inicialmente de modo *negativo*, en cuanto suponen la restricción de alguna o algunas de las facultades que integran el contenido del derecho de propiedad. En la medida que reducen este contenido, el propietario no podrá, por ello, llevar a cabo el ejercicio de la facultad o facultades afectadas por la restricción, en la estricta medida que ésta suponga. Pero estas limitaciones legales cabalmente se establecen por una razón de interés general o público –a diferencia de las de interés privado, sean legales o voluntarias-, estando sujetas

por ello a un régimen jurídico-público, de conformidad con el cual ha de producirse, en cada caso, la actuación administrativa del poder público.

Ahora bien, la evolución del Estado de Derecho hacia su concepción social y consecuentemente, por lo que respecta a la propiedad privada, la sujeción de este derecho al cumplimiento de una “función social”, determina y justifica, desde la nueva perspectiva del Estado Social ulteriormente advenido, el que se de un paso más en la intervención pública del derecho de que se trata: este paso lo constituye la imposición legal de *deberes* positivos (de hacer y de dar), que obligan al propietario a realizar una determinada prestación a favor de la comunidad y que el ordenamiento jurídico le impone en interés de ésta. No se trata estrictamente de obligaciones en sentido técnico-jurídico –correlativas en el ámbito de una relación jurídica al derecho subjetivo-, sino de una determinada situación jurídica también pasiva, como la obligación, pero que deriva de modo inmediato de la ley que la establece, imponiendo ese deber – legal, por ende- directamente a favor de la comunidad social (aun cuando su exigencia, como deberes públicos, corresponda a la Administración, en ejercicio de una potestad de ejecución, que también la Ley atribuye correlativamente a aquélla).

Esta técnica jurídica de los “deberes” impuestos por Ley y que obligan al propietario o dueño de la cosa a realizar una determinada prestación positiva – sea ésta una conducta *in faciendo*, o ya tenga carácter *ob rem*-, se instrumenta así, legal y administrativamente, también en orden al cumplimiento de intereses generales o públicos, pero englobados en esa apelación a la genérica función social, a que viene vinculado, en razón de este tipo de intereses, el *ejercicio* del derecho de propiedad privada, en determinados supuestos que la legalidad define. Así, la facultad que el dueño de un terreno de suelo urbano tiene para poder edificarlo (*ius aedificandi*) viene condicionada legalmente por el cumplimiento –previo o, cuando menos, simultáneo- del deber de urbanización que la legislación del suelo establece, a fin de que ese terreno edificable en el que se proyecte realizar la construcción tenga la condición de solar. La edificación de éste, en interés privado del dueño, se compatibiliza de esta manera con el cumplimiento de ese deber legal, en interés general de la comunidad y no solo del individual propio del dueño²⁰.

²⁰ El deber legal puede constituir, más precisamente, una “carga”, cuando condiciona, como sucede en este supuesto de dotar a un suelo urbano o urbanizable de obras de infraestructura y de servicios urbanos, el ejercicio del *ius aedificandi* contenido en el derecho de propiedad urbana. En este sentido y, cabalmente por ello, la legislación urbanística del suelo –primero estatal y después, también, autonómica- utiliza, con el debido rigor técnico-jurídico, para referirse a este deber legal de urbanizar esas clases de suelo, el concepto de “carga” de urbanización. El deber deviene así en una carga cuando condiciona legalmente el ejercicio de un derecho: éste, pues, no se puede actuar si no se cumple para ello la limitación legal que supone la carga.

Sobre los conceptos jurídicos de “limitación”, “deber” y “carga”, *vid.* asimismo GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, vol. I, pág. 546 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de*

De la evolución expuesta resultan así una serie de técnicas jurídicas que, en suma, son las siguientes: a) a las tradicionales “limitaciones” legales de carácter negativo (de *non faciendo* y de *pati*), cuyo objeto es el de hacer posible la concurrencia por todos y cada uno de los propietarios de sus respectivos derechos, b) se unen en la fase del llamado Estado social, los “deberes funcionales”, también impuestos legalmente, pero de carácter positivo (obligaciones *in faciendo* y de *dare*), de los cuales algunos condicionan el ejercicio del derecho de propiedad privada y que constituyen lo que se denominan “cargas” jurídicas. c) De la “delimitación”, en fin, del contenido en facultades de la propiedad privada, resulta asimismo la fijación legal (y reglamentaria) de determinados límites, puesto que se fija hasta dónde puede llegar el ejercicio de dichas facultades de aprovechamiento y de disposición por el titular del derecho, en nuestro ordenamiento jurídico sobre bases constitucionales a que seguidamente nos referimos.

Se trata, así pues, de una serie de técnicas jurídicas mediante las cuales se instrumenta la realización de intereses generales o públicos y, en definitiva, la función social de la propiedad privada. La utilización que, en adelante, se hace de estos conceptos jurídicos supone, cuando menos implícitamente, que se está en presencia de este principio o cláusula de función social aplicada a la propiedad privada de determinados tipos de bienes (inmuebles, especialmente), y que también alcanzan a limitar y condicionar legalmente el ejercicio de sus facultades por el titular del dominio.

V. LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, VERTIENTES QUE OFRECE Y FUNCIÓN SOCIAL

La Constitución de 1978 reconoce y garantiza la propiedad privada en su artículo 33, en los siguientes términos:

Derecho Administrativo II, 11ª edición, Edit. Thomson-Cívitas, Madrid, 2008, pág. 30 y ss, donde se califican como “deberes funcionales” los que resultan de la caracterización de la propiedad como vinculada a una función social (pág. 33, que respecto a la propiedad urbana completa después, pág. 156 y ss). Más adelante, en el Capítulo Tercero, epígrafe IV, se precisa el significado de cada uno de estos conceptos en la doctrina civilista y administrativista.

La función social define también la tipificación de determinadas conductas como delito, como la definida por el art. 289 del Código Penal, como “sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural”, que sanciona no ya solo destruir, inutilizar o dañar una cosa propia – mueble o inmueble-, sino simplemente sustraerla al cumplimiento de determinados deberes legales en interés de la comunidad, cuya aplicación restrictiva como norma penal responde al principio de intervención mínima, en su caso necesaria (JIMÉNEZ PARÍS, J.M. “De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural”, en *Diario de La Ley* nº 8106, de 17 de junio de 2013).

- “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”

De la lectura de este precepto fundamental resulta, pues, inicialmente: 1) que la Constitución da por supuesta la definición de la propiedad privada, ya que se limita a “reconocer el derecho a la propiedad privada” (y a la herencia); 2) que distingue la propiedad privada de la “función social” que este derecho ha de cumplir, según el tipo de reserva legal relativa (“de acuerdo con las leyes”), para delimitar su contenido; y 3) distingue, finalmente, esta fijación general de límites legales o “delimitación” del contenido dominical, de la figura de la expropiación forzosa de determinados y concretos bienes o derechos patrimoniales por razón de utilidad pública o interés social, que como cláusula de cierre incluye también la garantía patrimonial de los titulares de tales bienes o derechos (patrimoniales, no solo el de propiedad privada, sino también de otros derechos reales, de crédito, etc.).

Veamos con algún detenimiento algunas de las claves interpretativas del precepto constitucional y que, como tales, condicionan esencial y básicamente la realización del desarrollo y análisis que se hace en el presente trabajo.

1. Reconocimiento constitucional de la propiedad privada

El citado precepto constitucional, en su apartado 1, se limita a *reconocer* la propiedad privada, que no define sino que presupone, como un concepto apriorístico, ya preexistente en la realidad y en el ordenamiento jurídico, y que en abstracto define nuestro Código Civil (art. 348). La doctrina ha observado que el artículo 33.1 CE se refiere al “*derecho a la propiedad privada*”, lo que supone que todo individuo tiene amparada constitucionalmente la facultad o posibilidad de acceder al dominio de cosas o bienes para tener la condición de propietario, sin que la ley pueda establecer un principio contrario²¹. Ni que decir tiene que el reconocimiento de este derecho de las personas a acceder a la titularidad dominical de bienes, también supone e implica el derecho *de*

²¹ ESCRIBANO COLLADO, P. : *La propiedad urbana*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1979 (pág. 110). La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948), en su art. 17, dice que “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”. Asimismo, BARNÉS VÁZQUEZ, J., se refiere a la misma idea, diciendo que la accesibilidad que implica el derecho de todos los ciudadanos a la propiedad de diversos bienes, actúa como garantía indirecta del derecho de propiedad privada (*La propiedad constitucional*, Edit. Cívitas, 1988, pág. 73). Asimismo, MUÑOZ GUIJOSA, M^a A.: *El derecho de propiedad del suelo: De la Constitución a la Ordenación Urbana*, Edit. Cívitas-Thomson, 2008 (pág. 55 y ss).

propiedad privada de cosas o bienes, una vez adquiridos en virtud del título que constituya o transmita este derecho (compraventa, donación, herencia).

Este reconocimiento que la Constitución española hace de la propiedad privada, como un determinado tipo de derecho patrimonial, el más característico y prototípico de los derechos reales, supone consecuentemente que merece para el constituyente la protección por el ordenamiento de un interés o utilidad particular o “privada”, hasta el punto de contar, como cuenta, con la garantía constitucional –incluso frente al legislador ordinario- que protege el “contenido esencial” de este tipo de “derecho” subjetivo (art. 53.1 CE) y que vincula a todos los poderes públicos.

Aun cuando la propiedad privada, en esa doble vertiente jurídica –esto es, como posibilidad de adquirir cosas y como derecho sobre las cosas ya adquiridas en virtud de cierto título jurídico-, venga configurada en el propio texto fundamental como derecho constitucional, no supone sin embargo que tenga el rango de derecho “fundamental”²². No obstante, en razón de la estrecha vinculación de la propiedad privada con derechos fundamentales e incluso con la dignidad de la persona humana como ha puesto de relieve la dogmática jurídica, cabe decir que las facultades de goce y disposición dominicales constituyen una forma de asegurar la autonomía personal²³.

2. La delimitación de la propiedad privada según la función social que ha de cumplir. Cuestiones que plantea (reenvío)

En su apartado 2, el artículo 33 de la Constitución remite –y simultáneamente habilita- al legislador ordinario la función de “delimitar” el contenido del derecho de propiedad privada teniendo en cuenta la “función

²² El art. 33 CE está contenido en la Sección 2ª (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”) del Capítulo Segundo (“Derechos y libertades”) del Título I del texto constitucional, que diferencia así el derecho de propiedad privada de los derechos incluidos en la Sección 1ª (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”); no obstante lo cual se halla vinculado, instrumentalmente, a la libertad de la persona. A este respecto, DÍEZ-PICAZO, L., dice que la propiedad es “un instrumento puesto al servicio de la libertad de la persona y de su dignidad” (en “Algunas reflexiones ...”, cit., pág. 1258). De aquí que, como correlato, la propiedad privada merezca las mismas garantías constitucionales, en cuanto a la protección de su “contenido esencial” y reserva formal de ley, que los llamados derechos fundamentales (art. 53.1 CE), dada su estrecha vinculación a éstos (*infra*, Capítulo II).

²³ BARNÉS VÁZQUEZ, J.: “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (Coord. J. Barnés), Edit. Tecnos, 1995, pág. 26, donde también se refiere a pronunciamientos semejantes en la jurisprudencia de los más altos tribunales occidentales; asimismo cita a A. WEBER, sobre la interrelación de las posiciones básicas entre la propiedad, la libertad y el trabajo, que el propio Barnés considera en “La protección de la propiedad en el Derecho Comparado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 72, pág. 480.

social” de este derecho, completando así la utilidad o interés individual del titular dominical, en ejercicio de sus facultades de goce y disposición de la cosa, con esta otra faceta de utilidad en beneficio de la sociedad, mediante el cumplimiento por el propietario de determinadas restricciones y deberes (limitaciones, cargas, etc.), impuestos legalmente para atender intereses generales o públicos.

Es ésta otra de las claves o bases fundamentales a tener presente en la consideración de la temática objeto del presente estudio. Los problemas de interpretación que en la doctrina –civilista y publicística- se han planteado han sido ciertamente numerosos y algunos de ellos continúan abiertos, porque en el fondo quizá influyan, consciente o inconscientemente, concepciones ideológicas y no sólo científicas, por venir situada la propiedad privada, aún hoy y como ya se ha apuntado antes, entre el individualismo y la advenida socialización. Entre otras cuestiones, siguen hoy abiertas, a nuestro modo de ver, sobre todo las siguientes:

Ante todo, la de si la función social y, por ende, las restricciones y deberes que comporta para el propietario, forman parte del contenido del derecho de propiedad privada. Desde la posición de quienes consideran que la función social integra el contenido “esencial” de la propiedad privada, a la de quienes afirman que integra el llamado contenido “normal” estatutario del derecho, son variadas las opiniones expuestas en la doctrina. Por nuestra parte, adelantamos aquí el parecer de que más bien la función social, en cuanto es, *en todo caso*, restrictiva de las facultades contenidas en el derecho de propiedad privada, no forma parte de su contenido, supuesto que trasciende del interés particular del dueño el tipo de intereses (generales o públicos) a que responde esa función social que, respecto de ciertos tipos de bienes, protege la Ley en determinados supuestos.

La “delimitación” o fijación de límites o fronteras –*limes*- del propio contenido del derecho de propiedad privada, supone por lo pronto fijar hasta dónde llegan las facultades de goce y disposición de un determinado tipo de bien –especialmente de los inmuebles- según su régimen legal y reglamentario, plantea también la cuestión relativa a si esta línea-límite “delimitadora” lo es de la función social (siempre restrictiva de la propiedad privada), a un lado, respecto del contenido de la propiedad privada, mientras que al otro lado de esa línea delimitadora, supondría que las limitaciones, deberes y cargas operan “desde fuera”, y no desde dentro del contenido del “derecho”; o si por el contrario, la función social forma parte del propio contenido de éste (en cuyo supuesto la propiedad privada más que un derecho se configuraría como una función o situación jurídica mixta o compleja, ya que incluiría facultades, pero también deberes). El Tribunal Constitucional, en su importante sentencia 37/1987, de 26 de marzo, como se verá más adelante, parece decantarse, no obstante, por considerar que la función social forma parte del contenido del derecho: “Utilidad individual y función social –dice- definen inescindiblemente

el contenido del derecho de propiedad privada sobre cada categoría o tipo de bienes". Afirmación que pone en tela de juicio, a nuestro modo de ver, la naturaleza misma de la propiedad "privada", que la propia Constitución "reconoce" (art. 33.1) y que de algún modo quedaría desnaturalizada, derivando hacia una especie de función jurídica, desde su propio contenido y sustancia, que estaría hecha así no solo de facultades, sino que incluiría también una faceta restrictiva y obligacional.

Más concretamente y ante la reserva legal relativa, expresada en la fórmula "de acuerdo con las leyes", del artículo 33.2, *in fine*, del texto fundamental (regulación por Ley formal ordinaria y su posible desarrollo por normas provenientes de la Administración pública), se plantea asimismo la cuestión de cómo se armoniza esta reserva relativa con la reserva absoluta de Ley que establece la propia Constitución, en su artículo 53.1, para *regular*, según éste, el *ejercicio* del derecho de propiedad privada (con el límite del respeto absoluto al "contenido esencial" de este derecho, que también habrá que determinar).

La consideración de éstas, y otras cuestiones básicas, en clave constitucional, cuya hermenéutica jurisprudencial, así como las aportaciones de la doctrina científica, civilista y administrativista -que desde sus respectivas posiciones, han de concurrir necesariamente, como lugar de encuentro, en estos temas de orden constitucional-, habrán de ser, pues, examinadas con el necesario detalle, cosa que se hace más adelante al desarrollar cada una de ellas; aunque a veces y ante las distintas perspectivas jurídicas de consideración, será preciso armonizarlas -si esto fuere posible- para una visión integral de la temática objeto de estudio y como presupuesto general (en éste y en los dos capítulos que siguen), antes de entrar a considerar los regímenes estatutarios de las propiedades inmobiliarias urbana y rústica (agraria y forestal), en su respectivo contenido y función social.

3. La propiedad privada como institución y como derecho

El precepto del artículo 33 de la Constitución española utiliza, en las referencias que a la propiedad privada hace en sus tres apartados, esta distinción. En primer lugar, como tipo abstracto de derecho que, como elemento esencial, recoge un valor comúnmente aceptado, por la comunidad nacional, en su ordenamiento jurídico; y a cuyo valor común ha de responder, pues, toda específica forma normativa de expresión o regulación del derecho de propiedad privada. En este sentido abstracto y general, se trata, pues, de un instituto jurídico, o propiedad -digamos- en su vertiente institucional, en la que se inscribe el "contenido esencial" definitorio en general del derecho de propiedad privada, reconocido en las clásicas facultades de goce y disposición de la cosa. En este sentido, a la propiedad privada se refiere el apartado 1 del artículo 33 de la Constitución -en conexión con el 53.1 del propio texto fundamental-, aunque

éste se limite a reconocerla primero y a garantizar su “contenido esencial” después²⁴.

A la propiedad privada como *derecho subjetivo* que, respecto a determinado tipo de bienes, es objeto de una determinada regulación legal o estatuto, que desarrolla ese contenido esencial de modo diferente, según la naturaleza, función y valor social del bien objeto de esa ordenación, se refiere el propio artículo constitucional en su apartado 2. En este sentido objetivo del derecho de propiedad privada, en cuanto es objeto de una determinada regulación jurídica (propiedad urbana, agraria, forestal, cultural, etc.), se desarrolla y establece, pues, un régimen o estatuto especial aplicable a la forma de expresión de las distintas “propiedades” y la “función social” que ha de cumplir cada una de ellas²⁵.

²⁴ DÍEZ-PICAZO, L. (“Algunas reflexiones ...”, *cit.*, pág. 1260) dice, a propósito de un comentario que hace a la sentencia constitucional nº 37/1987, respecto a la cuestión de si es o no posible reconducir la propiedad a lo que esta Sentencia llama el “tipo extremo”, descrito en el artículo 348 del Código Civil, sin que se sepa muy bien –dice- por qué le parece “extremo”. “El problema –añade- es si existe un *quid* común a todos los tipos de propiedad (dotados de diferentes estatutos o regímenes jurídicos) que permita llamarlos a todos propiedad, o si les seguimos llamando propiedad porque somos incapaces de encontrar una denominación diversa, en el supuesto, por demostrar, de que el problema sea sólo de denominación; porque una cosa es el reconocimiento de la pluralidad de diversos regímenes jurídicos y otra diferente la total disolución del instituto. Creo –dice dicho autor- que una franja de caracterización común existe y que el artículo 33 de la Constitución nos obliga, ahora más que nunca, a sostener que existe”.

En general, la doctrina mantiene la unidad del derecho de propiedad privada como concepto e instituto jurídico, aunque exista una diversidad de regulaciones estatutarias (*vid.*, MUÑOZ GUIJOSA, M^a A.: *El derecho de propiedad del suelo: De la constitución a la Ordenación Urbana*, Edit. Cívitas-Thomson, 2009, págs. 150 y ss.).

Por parte de la doctrina iuspublicista, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., considera que conforme a los preceptos de la CE (arts. 33.1 y 53.1), el “contenido esencial” del derecho de propiedad privada consiste en las facultades de uso, disfrute y disposición, de conformidad asimismo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos –que cita-, recaída sobre el art. 1 Convenio Europeo de Derechos Humanos (“Indefinición temporal y derecho de propiedad: a propósito de la sentencia *Beyeler c. Italia* de 5 de enero de 2000”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000, pág. 407 y ss).

Y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en su artículo 17 se refiere al derecho de propiedad en los siguientes términos: “1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que hayan adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general”.

²⁵ Siendo esto así –dice PAREJO, L.-, la multiplicidad y variabilidad de las utilidades o funciones sociales con contenido económico o patrimonial de que son susceptibles las cosas o los bienes, según su distinta naturaleza y propiedades, en la compleja y tecnificada sociedad de nuestros días, acaban conduciendo a una diversificación del régimen jurídico de la atribución, uso y disposición de aquéllos, es decir, en la descomposición de la institución dominical en una

El TC, en su sentencia 149/1991, de 4 de julio, se refiere a la propiedad no solo en abstracto, respecto al contenido de la institución, sino también y especialmente respecto a las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae.

Por último, el instituto jurídico de la propiedad privada, desarrollado por el estatuto legal y reglamentario aplicable a cada una de las distintas modalidades de bienes objeto de la correspondiente regulación, genera una serie de titularidades subjetivas, esto es, de *concretos* derechos subjetivos dominicales, como resultado de la proyección última y singularizada de esa genérica institución civil y de la correspondiente regulación legal estatutaria de la propiedad privada de determinados bienes. En este último sentido, ese concreto derecho cuya titularidad ostenta una determinada persona física o jurídica, es susceptible de expropiación forzosa cuando así lo requiera el interés general –“utilidad pública o interés social”–, con la garantía patrimonial que constituye el derecho del propietario a que se le compense la sustitución del bien –o derecho patrimonial– por una indemnización justa, equivalente al valor económico del bien o derecho expropiado (art. 33 CE y art. 349 del Código Civil).

El artículo 33 de la Constitución ofrece, así, tres dimensiones o vertientes distintas y sucesivas: a) El reconocimiento y garantía de la propiedad privada en abstracto, como instituto jurídico, *común* a las diversas manifestaciones que la propiedad privada ofrece para todo tipo de bienes (muebles o inmuebles; productivos, consuntivos, etc.), vertiente ésta institucional que recoge dicho artículo en su apartado 1; b) La propiedad privada de ciertos *tipos* de bienes que son objeto de regulación legal y que han de cumplir una determinada función social, variable según el régimen jurídico o estatuto correspondiente (concepción estatutaria), vertiente ésta a que se refiere el apartado 2 del art. 33 CE; y c) La garantía patrimonial de la propiedad entendida como concreto derecho subjetivo (art. 33.3). Las dos primeras vertientes de la propiedad privada son objetivas y generales; la última, subjetiva y concreta, singularizada.

4. La definición y extensión de la propiedad, en general, en el Código Civil (art. 348) y su conexión con el orden jurídico constitucional

pluralidad de propiedades (*Manual de Derecho Administrativo*, Edit. Ariel, Barcelona, 1992, pág. 261).

Asimismo, respecto a la función social de la propiedad (art. 33.2 CE) y las limitaciones que comporta, la S. del TS (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 1991 (FJ 20) dice que ese precepto constitucional “ha declinado en el legislador ordinario el establecimiento de un régimen a través de las leyes reguladoras de cada tipo de propiedad” [...], con específica referencia a la propiedad rústica; con respecto a la propiedad urbana, la S. TS de 19 de julio de 2002 (FJ 4º).

En principio, el genérico precepto del artículo 348 de nuestro Código Civil, en la definición que del derecho de propiedad da, atendiendo a las facultades que integran su contenido abstractamente consideradas (“el derecho de gozar y disponer de una cosa”), permite ponerlo en conexión inmediata con los artículos 33.1 y 53.1 del actual Texto constitucional, supuesto que el primero se limita a “reconocer” la propiedad privada, así como a garantizar el 53.1 el “contenido esencial” de este tipo de derecho constitucional, según lo expuesto antes, ya que esa definición legal se limita a señalar genéricamente las facultades que a todo dueño corresponden, abstracción hecha de la regulación especial de los distintos tipos de bienes según su naturaleza y sus respectivos regímenes jurídicos o estatutos. Es, pues, una definición abstracta y general, del derecho de “propiedad”, común a todo tipo de “propiedades”, la que contiene el artículo 348 del Código Civil, que define así cualquier derecho de propiedad como facultad de gozar y disponer de las cosas. Es éste (digamos) concepto unitario del derecho de propiedad privada, válido para todas las clases de bienes objeto de este tipo de derecho.

“Reconocer”, además, un determinado tipo de derecho, como hace la Constitución, supone que éste preexiste a la norma, y en nuestro ordenamiento jurídico no hay otra definición general que nos permita comúnmente caracterizar como propiedad privada sino a aquél tipo de derecho subjetivo que faculta a toda persona que ostenta la titularidad sobre una cosa material –sea cual sea ésta- para poder utilizarla, aprovecharla y disponer de ella en su propio interés, esto es y en suma, las facultades de goce y disposición a que de modo genérico se refiere el artículo 348 del Código Civil para designar a este tipo de poder jurídico. Facultades que son así comunes a las distintas modalidades o expresiones estatutarias de ese género institucional que se conoce y “reconoce” por el texto constitucional como propiedad privada²⁶.

²⁶ Los Códigos civiles de los países de Europa occidental también definen la propiedad privada como comprensiva de las facultades de goce y disposición: así, el art. 832 del CC italiano y el art. 1305 del Código portugués (DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, III, 7ª edición –pág. 140-, Edit. Tecnos).

La vigencia del artículo 348 del CC, que define por su contenido en facultades el derecho de propiedad privada, tiene suficiente abstracción y generalidad, como precepto de Derecho común, para asumir la función constitucional que en nuestro Ordenamiento jurídico hace posible “reconocer” el derecho de propiedad como poder jurídico que faculta a una persona para satisfacer sus intereses personales mediante el uso y disfrute de la cosa. Así, LASARTE ÁLVAREZ, C., se ha referido a “la perfección técnica y gran dosis de flexibilidad del artículo 348 CC, precisamente como consecuencia de su generalidad” (“Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1976, pág. 16). BARNÉS ha afirmado que el art. 348 CC “ha conservado su vigencia gracias a que es una norma lo suficientemente *elástica y formalista* como para poder adaptarse a las actuales coordenadas dogmáticas y jurídico-positivas en que la propiedad se desenvuelve, toda vez que admite que las facultades de goce y disposición puedan ser limitadas o, mejor, definidas materialmente por las leyes” (*La propiedad urbana ...*, pág. 341). MONTES PENADÉS, V.L., también dice que “el artículo 348 del Código Civil contiene una norma lo

Si a esto se añade que esas facultades que, de modo unitario, en abstracto, definen a este tipo o prototipo de derecho subjetivo patrimonial, son las que constituyen su contenido “esencial” (los clásicos *ius utendi, ius fruendi et ius disponendi*), cuyo contenido en todo caso también garantiza la propia Constitución, incluso frente al legislador -cuando éste procede a la regulación de su ejercicio-, como tal “derecho” (dice el art. 53.1 CE), parece que la conclusión a que se llega –al menos en principio y sin perjuicio de ulteriores desarrollos- no puede ser más evidente: el precepto contenido en el artículo 348 CC se halla en conexión inmediata con la Constitución -en sus artículos 33.1 y 53.1, entre otros-, a la que viene a completar así, como expresión aquél en nuestro ordenamiento vigente del instituto jurídico de la propiedad privada y

suficientemente elástica como para poderse adaptar a la nueva situación, toda vez que admite que las facultades de goce y disposición puedan ser limitadas por las leyes, por lo que, en definitiva, entrará en juego este precepto una vez las leyes especiales hayan definido el campo de acción de la actividad del propietario” (*La propiedad privada en el sistema ...*, pág. 252). Id. en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Tomo V, vol. 1º, pág. 143 y ss (comentario al artículo 348 CC, del mismo V.L. MONTÉS PENADÉS). Y MEDINA DE LEMUS considera que “el concepto de propiedad ofrecido por el artículo 348 CC es el único dotado de suficiente consistencia técnico-jurídica que aparece como clave en la búsqueda de un concepto constitucional del derecho de propiedad privada, siempre que se guarde la precaución de interpretarlo a la luz de la Constitución y no a la inversa”, habida cuenta de que “la idea de que ‘la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa’ supone una atribución de poder a una persona para la satisfacción de sus intereses personales, ofrece el soporte hermenéutico indispensable para calibrar el núcleo de facultades que corresponde al propietario y dota de sentido a la garantía del contenido esencial del dominio” (*La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pág. 148).

La sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 24 de octubre de 2005, citando otras, dice en su FJ 3º que la propiedad privada “según se desprende de lo dispuesto por el artículo 348 del Código Civil presenta como caracteres propios ser un derecho: a) unitario; b) general y abstracto, en cuanto comporta la existencia de facultades indeterminadas sobre la cosa pues abarca todas las que no hayan sido excluidas, sin que consista en una mera suma de facultades (sentencia de 2 de octubre de 1975); c) elástico, ya que, en caso de existir algún derecho real que la limite, la facultad que el mismo comporta la recupera el propietario cuando dicho derecho real se extingue (sentencia de 27 de junio de 1991); exclusivo, pues permite excluir del goce a los demás incluso si su uso es inocuo; y e) perpetuo, pues dura mientras exista el objeto (sentencia de 20 de mayo de 1993)”. Caracterización general del *instituto* de la propiedad privada, en cuanto común a los diversos regímenes jurídicos o estatutos de la propiedad privada de determinados tipos de bienes.

La jurisprudencia del TS ha considerado que el concepto y carácter genérico del derecho de propiedad del artículo 348 CC es insuficiente, por sí mismo, por sí solo, para fundamentar un recurso de casación (así, las sentencias de 2 de noviembre de 2006, 12 de mayo de 2010, 16 y 27 de junio de 2011, etc.).

Sobre la definición y caracteres de la propiedad privada en general, *vid.* FEMENÍA LÓPEZ, P.J. en el comentario que al artículo 348 CC hace en la obra *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (tomo II, pág. 2857 y ss).

de su contenido esencial, que la garantía constitucional tiene por objeto asegurar en todo caso.

De otra parte, respecto a la función social (art. 33.2 CE), parece que, según queda expuesto, el régimen común y general de la propiedad privada que el Código Civil contiene, no cubre todos los supuestos, mecanismos y técnicas que permiten instrumentar esa función, en pro de intereses generales o públicos. El artículo 348 se refiere obviamente a las “limitaciones” establecidas en las leyes, por lo tanto reguladas con carácter general, y de carácter negativo (limitaciones de no hacer o de soportar), según el contexto liberal propio de la época en que el *corpus* civil se promulga, y al que ya se ha hecho antes referencia. Pues bien, la moderna función social, ha supuesto la ampliación de esas clásicas limitaciones a otros supuestos y técnicas jurídicas implementadas para establecerla y hacerla efectiva (límites, deberes positivos y cargas, instrumentalmente), parece indudable que la salvedad de aquellas “limitaciones”, tomadas en el sentido restrictivo y negativo propio del contexto liberal, se revelan ahora –así entendidas- como insuficientes –por la evolución del Estado constitucional hacia su actual etapa de Estado Social- para dar también cabida en aquéllas *hic et nunc* a esas nuevas y diversas manifestaciones de la función social.

La evolución de la sociedad, del Estado de Derecho y de su sistema jurídico, demandan pues, en nuestro tiempo, cuando menos, una interpretación del artículo 348 del Código Civil que actualice el sentido de las “limitaciones” a que alude –en ese sentido negativo- respecto de la propiedad, para entender que, además de las tradicionales restricciones de este derecho, incluye también hoy, en el contexto del actual Estado Social, esas nuevas restricciones que las leyes (y reglamentaciones de desarrollo) imponen a la propiedad privada de determinados tipos de bienes; supuesto que estas nuevas limitaciones del derecho de propiedad, si bien se establecen para realizar intereses generales o públicos, no por ello dejan de constituir también restricciones de la propiedad privada.

Una interpretación *sensu lato* del concepto “limitaciones”, que emplea el artículo 348 del Código Civil, a tenor de esa evolución, permite pues dar cabida, en el mismo, a esas nuevas restricciones del derecho de propiedad; máxime si se tiene en cuenta la variedad de significaciones en que dicho vocablo – “limitaciones”- se utiliza por la doctrina y la jurisprudencia, como se ha señalado, y habrá ocasión de concretar más adelante.

5. La propiedad inmobiliaria y las connotaciones que su régimen implica en nuestro ordenamiento civil (artículo 350 CC y legislación registral)

Ni que decir tiene, en fin, que los límites establecidos asimismo en razón de la función social que han de cumplir determinados tipos de bienes y

particularmente los bienes inmuebles²⁷, requiere asimismo hacer en esta introducción general, mención del precepto contenido en el artículo 350 del Código Civil, en alusión al dominio en sentido vertical. Al margen de la referencia que esta norma hace a las Leyes de Aguas y Minas –materias hoy demanializadas en nuestro ordenamiento-, el precepto viene afectado sobre todo por la legislación del suelo y, de acuerdo con ella, especialmente por los planes de urbanismo, que integran el régimen jurídico o estatuto aplicable a la propiedad del suelo urbano y al suelo urbanizable.

El criterio del interés del propietario y su factibilidad práctica es el que tradicionalmente se ha seguido por la doctrina y también por la jurisprudencia para determinar hasta donde llega la facultad de disfrute o aprovechamiento del propietario²⁸, cuando se trata de realizar obras de construcción y de plantaciones en la superficie del suelo, o de excavaciones en el subsuelo.

²⁷ Tipo de bienes, cuya propiedad requiere delimitar y fijar sus límites en el espacio (deslinde y amojonamiento de la superficie de fincas; aprovechamiento del volumen proyectado al espacio aéreo y al subsuelo); a diferencia de la propiedad mobiliaria cuyo objeto recae sobre bienes cuyo volumen está perfectamente delimitado. Sobre la distinción entre propiedad inmobiliaria y mobiliaria, y los tipos de bienes que constituyen su objeto, como *summa divisio* del Derecho de cosas, *vid.* en general DE PABLO CONTRERAS (coordinador) *et alii*: *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, Edit. Colex, 2008, pág. 47 y ss.

²⁸ MONTES PENADÉS, V. L., en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1991 (pág. 982 y ss). “El precepto no parece inspirado –dice- en el viejo aforismo medieval *usque ad sidera, usque ad inferos*. Este aforismo, que nunca llegó a ser norma jurídica, surge en el siglo XIV como argumento para defender a los terratenientes de la pretensión de los señores feudales a disfrutar de las riquezas mineras, que se querían incluir dentro de las regalías. El aforismo en cuestión no responde a la tradición romana, e ilustres romanistas se muestran unánimes en afirmar la inexistencia de fuentes romanas que apoyen semejante tesis (NIETO)”. Más adelante, dice que “se trata de un tema de límites, y, en sustancia, de encontrar una fórmula que permita una descripción elíptica de las facultades del propietario dentro de esos límites. La fórmula más ampliamente utilizada en la doctrina, que arranca de la autorizada opinión de IHERING, conecta el derecho de utilización del propietario a la presencia en el caso de un *interés* real, en el sentido de que el propietario puede oponerse a que otros utilicen el espacio aéreo sobre el fundo de su propiedad solamente en la medida en que tenga un interés efectivo que pueda ser dañado o lesionado por esa utilización realizada por otro. En otras palabras, según esta fórmula, la propiedad se extenderá hasta donde llegase el interés práctico del propietario” (pág. 953). Así, entre otras, la sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 12 de noviembre de 2009 considera que la propiedad del suelo incluye la del subsuelo y el vuelo que no son “un valor en sí mismos, sino en relación con el interés del propietario de la superficie, por lo que el límite del subsuelo se encuentra hasta allí donde llega o es capaz de llegar el trabajo o el interés de dicho propietario” (obviamente dentro también de los límites de la legalidad).

La normativa especial a que se refiere el art. 350 CC no tenía en el momento de promulgarse éste la entidad que en la actualidad tiene, sobre todo por lo que respecta a la materia de urbanismo, sino sólo la perspectiva de la “policía urbana”, precedente de la urbanística actual (*vid.* el libro de MUÑOZ GUIJOSA, M^a A.: *El derecho de propiedad privada del suelo: De la Constitución a la Ordenación Urbana*, Edit. Cívitas-Thomson, 2009, págs. 58 a 61).

En cualquier caso, el ejercicio de la facultad de aprovechamiento de un terreno por el propietario, ha de efectuarse dentro de los límites legalmente establecidos, que por lo que se refiere a la propiedad privada urbana vienen fijados por la legislación del suelo estatal (art. 8.2 LS, TR de 2008) y urbanística – hoy preferentemente autonómica-, según la cual el interés del propietario viene limitado no solo por la ley sino también, y de acuerdo con ella, por los planes de urbanismo. La nueva ordenación del suelo y la urbanística viene pues a limitar, mediante este binomio normativo, las utilizaciones posibles del suelo y, en concreto, de las obras de construcción sobre la superficie del suelo y en el subsuelo (aparcamientos subterráneos y otros usos y servicios)²⁹. Las limitaciones de altura, volumen de edificabilidad, zonificación limitativa de las posibilidades de uso del suelo y de las construcciones, etc., como se verá oportunamente, constriñen el ejercicio por el propietario de sus facultades de aprovechamiento de un terreno a lo que la correspondiente ordenación urbanística por razones de interés general, establece. Su consideración, respecto al contenido y límites, excede ya de este lugar, por lo que la remitimos a lo que se dice más adelante sobre el régimen jurídico o estatuto de la propiedad urbana.

De otra parte, la propiedad inmobiliaria demanda, por razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y del tráfico jurídico, una específica protección, mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad, en el que los bienes que constituyen su objeto se identifican según el principio de determinación específica, o especialidad, en beneficio no solo de los titulares de estos bienes, sino también de terceros (publicidad registral). La dinámica propia de la referida propiedad urbana, cuyo régimen estatutario regula la transformación de suelo urbanizable –incluso materialmente rústico-, en urbanizado, pone de manifiesto la trascendencia jurídica de la institución registral al respecto.

VI. RECAPITULACIÓN

De la exposición que antecede cabe deducir, a modo de recapitulación, y sin perjuicio de las consideraciones y precisiones que en los capítulos que

En la doctrina más reciente, puede consultarse el comentario que el artículo 350 CC hace FEMENÍA LÓPEZ, P.J., en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ), cit., tomo II, págs. 2906 y ss. (con abundante jurisprudencia).

²⁹ La actual Ley estatal de Suelo –TR de 2008, modificada por la Ley 8/2013-, en su artículo 8.6 vincula la propiedad del suelo, del vuelo y del subsuelo, y de las facultades que comprende, “hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público”, por lo que la propiedad privada y sus facultades de uso y aprovechamiento y disposición llegan hasta el límite que fijen las leyes y los planes urbanísticos. Normativa estatal ésta que el Estado ha establecido en virtud de la competencia exclusiva que le atribuye la CE, en su artículo 149.1,1ª (Disp. Final 1ª LS cit.).

siguen a éste se hacen, que el derecho de propiedad, entendido como tipo o concepto abstracto de derecho subjetivo patrimonial, tiene una significación “institucional” que define esencialmente el conjunto de facultades que, como denominador común, integran su contenido. Estas facultades, cabe afirmar, son las enunciadas de modo general en nuestro Código Civil (art. 348) y, cabe afirmar asimismo que, en su enunciado genérico que este precepto civil común hace, constituyen el contenido esencial de la propiedad privada (arts. 33.1 y 53.1 CE). En esta vertiente institucional se inscribe, pues, de modo general, sea cual sea el tipo estatutario de propiedad privada (urbana, rústica, etc.), el llamado contenido esencial, o fundamental, que el texto constitucional reconoce y garantiza, incluso frente al legislador ordinario.

El *desarrollo* que el estatuto o regulación jurídica correspondiente a cada tipo de propiedad privada, hace de ese denominador común -que define de modo general y sustantivo ese contenido esencial-, si bien atendiendo a su objeto o clase de bien –diversificando y particularizando así el respectivo régimen jurídico-, no sólo ha de respetar ese denominador común de facultades de todo propietario, sino que también incorpora, en el correspondiente desarrollo legal estatutario, determinados valores sociales que el bien objeto de la correspondiente ordenación legal haya de realizar y que determina que el interés privado del propietario venga limitado por otro tipo de intereses, generales o públicos éstos, que vienen a condicionar el ejercicio del derecho por su titular. Las tradicionales limitaciones del dominio se han visto ampliadas, con el Estado Social de Derecho, por otros tipos de restricciones de la propiedad privada (deberes positivos, cargas), que la llamada “función social” ha introducido, sobre todo, en el régimen estatutario de la propiedad urbana y de la propiedad rústica.

Se abre así a nuestra consideración, a partir de estas conclusiones preliminares, de una parte, el determinar y examinar ante todo el llamado contenido esencial del derecho de propiedad privada (Capítulo Segundo), y de otra, la significación de la función social de este derecho (Capítulo Tercero), como presupuestos fundamentales condicionantes del análisis que del propio contenido –en su desarrollo estatutario- y función social de la propiedad privada inmobiliaria, urbana y rústica, constituyen el objeto central del presente estudio.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

SUMARIO: I INTRODUCCIÓN. II. LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA: CONTENIDO “ESENCIAL” Y CONTENIDO “NORMAL”. 1. El contenido “esencial” del derecho de propiedad privada. A) Métodos a seguir para determinar el “contenido esencial” del derecho. B) Posiciones doctrinales relativas al “contenido esencial” del derecho de propiedad privada. 2. Desarrollo legislativo del contenido del derecho de propiedad privada según categorías y tipos de bienes: Contenido “esencial” y contenido “normal” delimitado legalmente. A) Fijación de límites y tipos de intereses implicados. B) ¿Forman parte del contenido de la propiedad privada los deberes y cargas impuestas legalmente por el régimen estatutario de determinados bienes en razón de la función social que éstos han de cumplir? C) De la delimitación legal de la propiedad privada a la expropiación forzosa: el principio de indemnizabilidad por los límites, deberes y cargas de la ordenación legal y supuestos indemnizatorios. III. FACULTADES QUE ESENCIALMENTE INTEGRAN EL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA. 1. Las facultades de uso y disfrute. 2. La facultad de disposición. 3. El *ius vindicandi*. IV. GARANTÍA JURÍDICA DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA: ALCANCE DE LA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEY. V. COMPETENCIAS PÚBLICAS PARA REGULAR EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD PRIVADA.

I. INTRODUCCIÓN

Como tipo abstracto de derecho subjetivo patrimonial, la propiedad privada es una institución jurídica que, según se ha considerado en el precedente capítulo, es objeto de reconocimiento y garantía en nuestro actual texto constitucional, el cual asegura, incluso frente al legislador ordinario – estatal y autonómico-, el contenido de este tipo de derecho, aunque la garantía constitucional se limita a lo que este contenido tiene de “esencial” (art. 53.1 CE). Por lo pronto, esto supone que existe un contenido del derecho de propiedad privada que corresponde a su propia naturaleza y que como tal derecho lo hace reconocible, ya que es “reconocido” por la Constitución (art. 33.1), así como que este contenido, en cuanto “esencial”, también supone lógicamente que hay otra parte del contenido de la propiedad privada que le da completitud, pero que, por no ser “esencial”, ha de ser considerada como adicional o complementario de aquél.

También se ha considerado, en clave constitucional, que el “reconocimiento” de la propiedad privada que el texto fundamental hace, lleva de la mano al *único* precepto legal que, en nuestro ordenamiento jurídico, contiene una definición general que permite caracterizar en abstracto e incluir como tal en esta categoría de derecho subjetivo patrimonial: es la contenida en el artículo 348 de nuestro Código Civil, que define ese derecho fijando las facultades de uso, disfrute y disposición de la cosa como integrantes del contenido de la propiedad privada, de modo genérico.

De otra parte, la “delimitación” del contenido del derecho de propiedad privada, a realizar por el legislador ordinario –estatal y autonómico- y de modo subordinado por la Administración, ha de respetar ese contenido esencial (institucional, que corresponde a la naturaleza de este tipo de derecho), supone y determina una regulación legal y reglamentaria variable, en función de diversos tipos de bienes, cuya propiedad queda sujeta a un estatuto jurídico diferente (propiedad urbana, rural o rústica, cultural, etc.). Se pasa así, digamos, de la “propiedad” como concepto unitario o institución, reconocible de modo general –y que por ello es reconocida por la Constitución-, a la regulación normativa especial, que la Ley y su reglamentación de desarrollo, establece en atención al tipo de bien objeto del correspondiente régimen jurídico estatutario (es decir, parafraseando a JOSSEAND, de cada una de las “propiedades”)³⁰. No hay, por consiguiente, ruptura de la “propiedad”, como concepto unitario o institucional, ya que los regímenes jurídicos o estatutos legales de cada una de las “propiedades” han de respetar, al desarrollar el “contenido esencial” unitario -identificable de modo general en las facultades de uso, disfrute y disposición de la cosa-, fijando los límites fronterizos, dentro de los cuales ha de moverse o desenvolverse esa regulación normativa especial y el ejercicio del derecho de propiedad privada.

Según esto, resulta necesario examinar, primero, la “delimitación” del contenido de este derecho, que ha de respetar ese mínimo unitario que es el “contenido esencial”, para a continuación considerar asimismo de modo general cada una de las facultades definitorias y características de este tipo paradigmático de derecho patrimonial, esto es, por un lado las facultades de uso y disfrute (o de “gozar”, como dice englobándolas el precepto general y definitorio en abstracto del derecho en el CC), y la facultad de disposición de la cosa por el dueño. (La facultad de reivindicación de la cosa, mediante el ejercicio por éste de la correspondiente acción judicial, a que asimismo alude el precepto del CC, forma parte en principio, en este aspecto adjetivo o procesal, de la tutela o protección jurídica de todo tipo de derechos –y de intereses legítimos- (artículo 24 CE) y no sólo del de propiedad, aun cuando por razón de su objeto, y en particular cuando se trata de inmuebles, su tutela jurídica revista especiales características, respecto al ejercicio de la facultad –la acción-reivindicatoria).

³⁰ El famoso civilista francés se refiere así, en plural, a las “propiedades” por considerar que “el interés de la sociedad exige que la apropiación de los bienes se sujete a estatutos en armonía con los fines perseguidos, que varían mucho” (*Derecho Civil*, tomo I, vol. 3º, Ediciones Jurídicas de Europa y América, Buenos Aires, 1950, págs. 139 y s). Concepción que en la doctrina italiana recoge PUGLIATTI, S. en *La proprietà nel nuovo Diritto*, Edit. Giuffrè, Milán, 1954. Vid. GROSSI, P.: *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (trad. LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.), Edit. Cívitas, 1992. La S. TC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º, se refiere a “la existencia de diferentes tipos de propiedades dotados de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae”.

II. LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA: CONTENIDO “ESENCIAL” Y CONTENIDO “NORMAL”

La necesidad o exigencia de fijar límites al derecho de propiedad privada – como a cualquier otro derecho- ha sido y es pacíficamente admitida por la doctrina: basta recordar la consideración hecha por R. IHERING, respecto a la idea de la propiedad entendida como un supuesto derecho de carácter absoluto e ilimitado, que ya negaba este autor en un momento en el que aún era intenso el vigor de la concepción liberal³¹. Ahora bien, cuando se trata de profundizar en la teoría de los límites de los derechos surgen las discrepancias, ante la falta por lo pronto de acuerdo sobre los conceptos jurídicos de límite y limitación, usualmente utilizados por la doctrina para determinar cómo operan uno y otra en relación al contenido de los derechos y, en particular, respecto al de propiedad privada³².

La distinción, en la actualidad, ha de examinarse, pese a las dificultades que suscita la fijación de su sentido, poniéndola en conexión por lo pronto con el significado de la “delimitación” del derecho de propiedad privada que la actual Constitución, en su artículo 33.2, utiliza para remitir al legislador ordinario la fijación del contenido de este derecho –“delimitará su contenido”, dice-, si bien teniendo en cuenta, asimismo, la función social del propio derecho, así como cumplir con la garantía que la propia Constitución, en su artículo 53.1 establece, para que la *regulación* del ejercicio del derecho respete en todo caso el “contenido esencial” del mismo.

Según esto y bajo los presupuestos que, en clave constitucional, han sido considerados y señalados en el capítulo precedente, cabe adelantar en este momento: 1) que el “contenido esencial” se refiere al derecho de propiedad privada en sentido institucional, como instituto jurídico que en cuanto preexistente al texto fundamental, éste “reconoce” (art. 33.1, en conexión con el 53.1); y 2) que sin perjuicio, pues, del “contenido esencial”, la regulación legal (y reglamentaria) ha de completar y “delimitar” el contenido del derecho, así como tener en cuenta la función social de que sea susceptible el bien o cosa según su distinta naturaleza y posibilidades que permita de realizar el uso y disfrute de la misma, variable según el tipo de bien o cosa de que se trate. El contenido esencial que del derecho de propiedad privada “reconoce” la

³¹ Véase lo dicho en el capítulo precedente, en la nota 19.

³² Sobre el escaso rigor con que ambos conceptos suelen utilizarse, *vid.* DE OTTO, I.: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Edit. Cívitas, 1988, pág. 104. Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico”, *Cívitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 1, pág. 81. Más adelante nos referiremos a esta cuestión.

Constitución, aunque sin determinar o fijar ese contenido, digamos, institucional, *común* a todo tipo o forma de propiedad privada sobre los bienes o cosas, implícitamente supone también que, al apoderarse al legislador (con la flexible fórmula que el art. 33.2 CE emplea), éste viene habilitado para delimitar el “contenido” y la “función social”, al establecerse la *regulación* de la propiedad privada mediante leyes ordinarias (y reglamentaciones complementarias).

Hay, pues, así, un primer nivel, constitucional, digamos, en el que se sitúa el llamado contenido “esencial”, y un segundo nivel jurídico-normativo, que supone la entrega –condicionada– al legislador de esa potestad delimitadora del “contenido” –y “función social”–; potestad normativa ésta cuyo ejercicio tiene como forma de expresión la regulación “estatutaria” –legal y reglamentaria– variable según distintos tipos de bienes, y que se traduce por ende en una diversidad de regímenes jurídicos reguladores del “contenido” estatutario correspondiente (de la propiedad urbana, de la rústica o agraria, etc.), contenido éste desarrollado y que, por ser objeto de una *regulación* general –aunque sectorial o especial según el tipo de bien–, suele denominarse como “contenido normal”.

La “delimitación” o configuración que, de este contenido estatutario de la propiedad, hace el legislador ordinario –estatal y autonómico–, supone, pues, “fijar un contenido normal, señalar límites o fronteras a su extensión, que no puede ser nunca ilimitada”³³. Fija así, de modo general, la línea-*límite* hasta donde llega el contenido del derecho regulado, línea fronteriza que distingue así pues, *sensu stricto*, el concepto de “límite” del de “limitación” de un derecho, que supone una restricción del ejercicio de un derecho previamente delimitado en su contenido normal, de modo general³⁴. Sin embargo, a veces, en la doctrina, los conceptos de límite y de limitación se utilizan como sinónimos para referirse también al sentido estricto que esta última tiene, por lo que habrá de estar al supuesto y al contexto legal o doctrinal en que cualquiera de ellos se utilice, para determinar su verdadero sentido y alcance.

Otra cuestión que se plantea, respecto al contenido de la propiedad privada, se refiere a si la función social de este derecho ha de situarse *dentro o fuera de su contenido* (esencial y/o normal); cuestión ésta sobre la que se trata más adelante, en este capítulo (y sin perjuicio de lo que se dice en el capítulo siguiente, específicamente sobre la temática de la función social de este tipo de derecho).

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, II, Edit. Cívitas, 8ª edición, 2002.

³⁴ *Ob. cit.* en la nota anterior, pág. 147.

1. El contenido “esencial” del derecho de propiedad privada

El contenido esencial de este derecho, que la Constitución presupone –en cuanto que lo reconoce, como perteneciente a su propia naturaleza institucional-, es un contenido, en cuanto tal, mínimo o nuclear y general, relativo a la “esencia” o sustancia³⁵ de la propiedad privada. En cuanto definitorio de este tipo de derecho, de su naturaleza, que el ordenamiento jurídico reconoce en general como institución (art. 33.1 CE), el contenido esencial se circunscribe, pues, a la sustancia del derecho, o dicho de otra manera, a lo que es propio de su naturaleza como instituto jurídico, de donde la indisponibilidad de este contenido por el legislador, que predica y establece el propio texto constitucional (art. 53.1)³⁶.

Al no explicitar e identificar, sin embargo, el texto fundamental cuál sea el “contenido esencial” del derecho de propiedad privada, ni determinar por ello su extensión y alcance jurídico, se plantea como cuestión básica y primordial la de fijar ese supuesto contenido nuclear y definitorio de la naturaleza propia de este tipo de derecho, y que por lo tanto es común a todas y cada una de las situaciones jurídicas dominicales en su pluralidad estatutaria. Se trata, pues, de determinar el núcleo sustancial y unitario de la propiedad privada, que constituye la *garantía material* y constitucional, a fin de que en todo caso –sea cual sea la regulación legal o estatutaria de este derecho, en sus diversas manifestaciones- venga preservado a los particulares, necesariamente, un ámbito de poder jurídico sobre los bienes patrimoniales, el más amplio y típico de los derechos reales.

Dado que se trata, en la perspectiva constitucional, de un derecho como éste reconocido y garantizado por este nivel normativo superior, estamos en presencia de una noción que tiene un contenido sustantivo unitario, aunque apriorístico, fundamental. Su indeterminación a este nivel jurídico superior obliga, no obstante, a llevar a cabo, como es lógico, una tarea de identificación del ámbito de poder jurídico genérico ínsito en la institución del dominio o propiedad privada.

Dada esta indeterminación conceptual, parece obligado acudir al respecto a las consideraciones hechas por el intérprete supremo de la Constitución, así como por la doctrina científica. El Tribunal Constitucional, especialmente en su

³⁵ El Diccionario de la Lengua Española, de la RAE, define el adjetivo “esencial” (del latín *essentialis*) como “perteneciente o relativo a la esencia” y, en su acepción 2, como “sustancial, principal, notable”, y en la forma adverbial “esencialmente”, dice que “por esencia, *por naturaleza*”.

³⁶ La garantía del contenido esencial (*wesensgehalt garantie*) surge en el Derecho alemán y la hereda la CE del art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, sobre todo como reacción de ésta frente a la experiencia del régimen nacional-socialista y su falta de respeto a los derechos de la persona (*vid.* COLINA GAREA, R.: *La función social de la propiedad privada en la CE de 1978*, Edit. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 349 y ss.).

sentencia 11/1981, de 8 de abril (que se refiere al derecho de huelga, recogido en el art. 28 CE), diseña la metodología que puede conducir a fijar el contenido esencial de un derecho. Por su parte, la doctrina, tanto civilista como iuspublicista, refiriéndose especialmente al derecho de propiedad privada, difiere como vamos a ver en sus posiciones, aunque no deja de reconocer la existencia de un ámbito genérico de apropiación, uso, disfrute y transmisión de los bienes patrimoniales, como característico de este tipo de derecho. Veamos.

A) *Métodos a seguir para determinar el “contenido esencial” del derecho*

Ante la dificultad que plantea la determinación del contenido esencial de los derechos comprendidos en la garantía constitucional (art. 53.1 CE), y que constituye un límite infranqueable incluso para el legislador –orgánico y ordinario-, el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 11/1981 (F.J. 8) – reiterada por otras- se refiere a los métodos a seguir para determinar el contenido esencial de un derecho. Para fijar el núcleo o reducto último indisponible de éste, pueden seguirse dos caminos o vías, no solo compatibles sino incluso complementarias:

- Un método conceptual o dogmático, que consiste en establecer o determinar el tipo o concepto abstracto, genérico, digamos que el estereotipo del derecho de que se trate, según su propia naturaleza, conforme a los conceptos jurídicos imperantes, para comparar este estereotipo con la regulación establecida por el legislador, a fin de ver si el tipo abstracto o genérico resulta identificable en esa regulación legal del derecho de que se trate³⁷.

³⁷ La s. TC dice que seguir este método “es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto de este derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas 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. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales”. Idea ésta de la reconocibilidad del derecho a que, respecto al de propiedad, también se refiere la s. TC 89/1994, de 17 de marzo, sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto a la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos.

- El otro método, que cabe calificar como pragmático, propio de la llamada jurisprudencia de intereses, consiste en determinar el interés jurídicamente protegido por el derecho de que se trate y comprobar si la regulación establecida por el legislador permite que tal interés puede ser llevado a la práctica real y efectivamente³⁸.

Bajo estos presupuestos metodológicos, la cuestión que lógicamente se plantea la doctrina científica se refiere a su aplicación para determinar el contenido esencial del derecho de propiedad privada. Es lo que trata de hacer otra sentencia del TC, la 37/1987, de 26 de marzo, que a partir de esos presupuestos, aplica la idea de la concepción que de este derecho se tiene en un momento histórico determinado y que, en el Derecho actual, supone la existencia de diversas regulaciones legales estatutarias de la propiedad delimitada según la función social³⁹. Lo cual supone, como vamos a ver, relativizar así no solo el concepto de “contenido esencial” de la propiedad privada, en el núcleo mismo de la utilidad o interés individual que de suyo y en cuanto derecho ésta tiene, sino también dejar en manos del legislador ordinario la delimitación y conformación de su contenido integrando también en él la utilidad colectiva que representa la función social⁴⁰.

³⁸ Este “posible camino –dice la s. TC 11/1981- para definir el contenido esencial de un derecho, consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los “intereses jurídicamente protegidos” como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

³⁹ Si bien esta sentencia constitucional dice que “la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que “se configura y protege, ciertamente, como un *haz de facultades individuales sobre las cosas*”, también considera que, además de esta utilidad individual, el contenido de este derecho viene definido asimismo por la función social en la regulación de cada categoría o tipo de bienes.

⁴⁰ En su voto particular a la sentencia constitucional 89/1994, de 17 de marzo, sobre la prórroga forzosa a la Ley de Arrendamientos urbanos, RODRÍGUEZ BEREIJO dice que “habrá que decidir cuál es el núcleo de utilidad meramente individual del derecho de propiedad –porque alguno tiene que haber”-; lo que hace la sentencia es dejar “en manos del legislador ordinario”, en aras de la función social de la propiedad, la definición del “contenido esencial” de las “propiedades” o distintos tipos o categorías de propiedad [...] reconociéndole además una gran disponibilidad o libertad de configuración. En definitiva, el contenido esencial del derecho de propiedad, según el tipo o categoría, será lo que el propio legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico. Así, huérfano de todo referente *ex Constitutione*, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de “contenido esencial” (art. 53.1 de la CE) se desvanece y volatiliza”. (Véase asimismo, sobre la s. TC 89/1994, la bibliografía citada en el Capítulo Tercero, nota 130).

B) *Posiciones doctrinales relativas al “contenido esencial” del derecho de propiedad privada*

Sobre el contenido esencial de la propiedad privada se ha pronunciado la doctrina de modo diferente. En la estela de la jurisprudencia constitucional, MONTES PENADÉS considera que sólo con referencia a la delimitación de determinados estatutos de la propiedad tiene sentido hablar del contenido esencial, conectando así el precepto del artículo 53.1 de la CE con el artículo 33.2 de ésta y no con el reconocimiento del apartado 1 de este mismo artículo⁴¹. En similar sentido se manifiesta LÓPEZ Y LÓPEZ, que dice que hay dificultades considerables para establecer un concepto unitario de propiedad válido para todos los objetos de la misma, porque ni en la Constitución ni fuera de ella se visualizan notas comunes a la propiedad privada, y que el artículo 53.1 presupone un concepto que no suministra, por lo que “si no se puede hablar de un tipo abstracto único de derecho de propiedad no podemos hablar de un único contenido esencial a él referido”, conectando también para resolver la cuestión el precepto del artículo 53.1 de la CE con el del artículo 33.2 referente a la función social⁴².

A parecida conclusión llega COLINA GAREA cuando, tras referirse a las vías metodológicas trazadas por el TC, desde su sentencia 11/1981, así como a las sentencias 37/1987 y 89/1994, dice que “la funcionalidad que atribuimos a la garantía del contenido esencial parece compatible con la consideración de la función social como un elemento integrante de la esencia dominical”, conclusión a que llega mediante un razonamiento un tanto difuso y en el que también utiliza, refiriéndose a la esencia dominical y a la función social, el concepto de contenido normal⁴³.

En la doctrina iuspublicista, GARCÍA PELAYO ha considerado que “el haz de facultades que componen el contenido del derecho de propiedad es

⁴¹ En *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 957.

⁴² En *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Edit. Comares, Granada, 2002, pág. 258 y ss., donde se cita a otros autores.

⁴³ *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Edit. Bosch, 1997, pág. 325 y ss.; respecto al contenido normal, pág. 361; la frase que se cita entrecomillada en el texto, se toma de la pág. 379. No obstante, en la pág. 383, se dice que “se percibe con claridad que la función social de la propiedad debe respetar el núcleo básico o esencial del derecho subjetivo”, por lo que “toda intervención legislativa que suponga una incisión en el contenido esencial del derecho sería inconstitucional”, aunque citando a LÓPEZ Y LÓPEZ añade que “ello no es predicable necesariamente en el caso del derecho de propiedad”. La referencia que, asimismo, se hace al contenido esencial de este derecho respecto a la expropiación forzosa, es evidente que se refiere a intervenciones administrativas ablatorias de determinados y concretos derechos subjetivos.

históricamente variable, ya que estas facultades se diversifican como consecuencia de la complejidad de la sociedad y de las relaciones económicas de nuestro tiempo”⁴⁴. Y LEGUINA VILLA, por su parte, considera que la función social es un “elemento estructural de la definición del derecho de propiedad, un elemento interno o inherente al concepto mismo de propiedad privada: todo bien de propiedad privada –dice- está potencialmente avocado a satisfacer intereses particulares e intereses colectivos”⁴⁵.

En definitiva, todas estas posiciones vienen a coincidir en el fondo en la idea de que, ante la existencia de una pluralidad de regulaciones de la propiedad privada y en atención a que, según la trascendencia económica y social de los bienes objeto de este derecho, se define y configura de manera diversa el contenido del dominio, y que este derecho incluye en su contenido, no solo un ámbito de facultades, sino también de límites y deberes jurídicamente condicionantes del ejercicio del propio derecho. De esta básica consideración deriva como es lógico: que la propiedad privada no tiene garantizado un contenido predeterminado, porque lo da la función social (MONTES PENADÉS); o que, si bien se reconocen ciertas notas comunes, respecto a una idea abstracta y unitaria de la propiedad privada, ésta es la de un ámbito de poder jurídico sobre los bienes económicos, abstracción hecha de cualquier contenido (LÓPEZ Y LÓPEZ); y ante la objeción de que la CE (art. 53.1) establece el límite del “contenido esencial” que ha de respetar el legislador ordinario, la respuesta que dan estos autores es la de vincular este límite, no a la propiedad privada que la Constitución reconoce (art. 33.1) como instituto jurídico, sino a su delimitación legal y estatutaria (art. 33.2) y, en definitiva, al pluralismo de “propiedades” existente, por lo que el contenido esencial ha de ser definido “caso por caso”, teniendo en cuenta el intérprete los indicativos metodológicos que, para apreciar de este modo la “esencialidad” del contenido, según el supuesto, determina la jurisprudencia constitucional (s. TC 11/1981 citada).

Pese al esfuerzo interpretativo que estos autores hacen, no dejan de considerar sin embargo que el artículo 33.1 de la CE se refiere al reconocimiento a los particulares de *un ámbito genérico de apropiación, disfrute y transmisión de los bienes económicos*⁴⁶. No se sustraen, así pues, dichos autores a la concepción abstracta y unitaria de la propiedad privada, aunque por considerarla insuficiente para reconducir a ella la diversidad de regímenes jurídicos o

⁴⁴ “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978* (dir. M. Ramírez), Edit. Pórtico, Zaragoza, 1979 (pág. 33).

⁴⁵ “El régimen constitucional de la propiedad privada”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 3 (1994), pág. 225 y 227.

⁴⁶ MONTES PENADÉS, *Comentarios del ...*, pág. 957; y LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentarios a la Constitución ...*, pág. 260.

estatutos de las distintas “propiedades”, adopten, como adoptan, en definitiva, una tesis pluralista, que fundamentan como se ha visto en el precepto contenido en el artículo 33.2 del texto constitucional.

El problema está –como dice el maestro DíEZ PICAZO- en si existe un *quid* común a todos los tipos de propiedad (dotados de diferentes estatutos o regímenes jurídicos) que permita llamarlos a todos propiedad, o si les seguimos llamando propiedad porque somos incapaces de encontrar una denominación diversa, en el supuesto, por demostrar –dice-, de que el problema sea sólo de denominación; porque una cosa es el reconocimiento de la pluralidad de diversos regímenes jurídicos y otra diferente la total disolución del instituto. Creo –dice el mismo autor- que una franja de caracterización común existe y que el artículo 33 de la Constitución nos obliga, ahora más que nunca, a sostener que existe⁴⁷. Por nuestra parte, entendemos que esta última opción es la que, con fundamento en el reconocimiento constitucional de la propiedad privada (art. 33.1 CE), supone también la garantía de la institución, como tipo de *derecho* subjetivo cuyo “contenido esencial” (art. 53.1 CE) constituye un límite infranqueable por el legislador ordinario, que en todo caso ha de respetar éste por ende.

Que la determinación de las facultades que, de modo general y característico definen el ámbito de la propiedad privada es la contenida en el artículo 348 del Código Civil, permite además aunar –y comparar- el tradicional carácter unitario que, en abstracto, este tipo de derecho tiene –como institución-, con la diversidad de regulaciones legales o estatutos, de determinados tipos o clases de bienes, y que no sólo limitan el alcance de las facultades dominicales para proteger derechos de terceros frente a eventuales inmisiones en fundos ajenos, sino también en interés general o público (función social). En este sentido, las clásicas “limitaciones” legales del derecho a que se refiere el precepto civil, han experimentado una notable ampliación por la función social (art. 33.2 CE), que no por ser más o menos intensa, según el correspondiente estatuto, puede hacer irreconocible el derecho de propiedad, por referencia a éste como institución.

La evolución del derecho de propiedad privada, que hunde sus raíces en el Derecho Romano, ya nos pone de manifiesto que, como haz de facultades, este tipo de derecho incluye los clásicos “*ius utendi, et fruendi et disponendi*”, que no son sino las facultades que, asimismo de modo general o común, definen sustancialmente por su contenido a la propiedad privada como derecho de “gozar” (esto es, de uso y disfrute de las cosas) y de “disponer” (de las mismas) por su titular. Por ello, pensamos –y así queda expuesto en el capítulo precedente, en clave constitucional- que el artículo 33.1, al *reconocer* a la

⁴⁷ “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, en *Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Edit. Cívitas, 1991, pág. 1260.

propiedad privada, lo hace de ésta entendida de modo general, en abstracto, como institución jurídica, y que es a ésta, así entendida, a la que ha de referirse el “contenido esencial” (art. 53.1 CE) que, como común denominador, ha de respetar *ex Constitutione* el legislador ordinario al “delimitar” su contenido, esto es, cuando procede a su desarrollo estatutario respecto a cada tipo o categoría de bienes o cosas, y teniendo en cuenta a este respecto la función social o de interés general⁴⁸, que, según el régimen o estatuto jurídico de cada tipo de bien, éste ha de cumplir.

En definitiva, pues, el *reconocimiento* constitucional de la propiedad privada (art. 33.1 CE) y su “contenido esencial” (art. 53.1), límite constitucional que como tal ha de respetar el legislador ordinario, constituyen una unidad sustancial e indivisible, y que cabalmente tiene su expresión en la definición que, con referencia a las facultades de tal derecho y que integran genéricamente su contenido, viene recogida en el precepto del artículo 348 del Código Civil, que cumple así, en este sentido, una *función constitucional*. ¿No quedaría, de otro

⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, L., dice que, en su opinión, “el contenido esencial lo es de la propiedad como institución, sin perjuicio de que pueda, respecto de categorías singulares de bienes legítimamente configurados, experimentar alguna modificación. A falta de mejores datos –dice-, me siento inclinado a partir también de los presupuestos de la sentencia de 8 de abril de 1981: configuración dogmática y configuración de acuerdo con criterios de jurisprudencia de intereses. Desde el punto de vista dogmático, un derecho de propiedad sólo es reconocible como tal si en él se produce la conjunción de los clásicos *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius disponendi*. Creo que a la misma conclusión se llega desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses. Al principio de estas líneas señalé mi opinión de que la propiedad privada sirve a la dignidad y libertad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, por una parte, y al reconocimiento de los sujetos jurídicos como sujetos de iniciativa económica y como agentes de un proceso económico inserto en lo que se llama la economía libre de mercado. Esto sólo es posible si se reconoce un derecho subjetivo a los valores en uso, en renta y en venta de los bienes. De aquí puede deducirse la imposibilidad de una configuración legislativa del instituto de la propiedad en que este esencial contenido quede amputado” (*Ob. cit.* en la nota precedente, pág. 1263).

En la doctrina *iuspublicista*, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., considera que conforme a los preceptos de la CE (art. 33.1 y 53.1), el “contenido esencial” del derecho de propiedad privada consiste en las facultades de uso, disfrute y disposición, de conformidad asimismo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –que cita-, recaída sobre el art. 1 Convenio Europeo de Derechos Humanos (“Indefinición temporal y derecho de propiedad: a propósito de la sentencia *Beyeler c. Italia*, de 5 de marzo de 2000”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000, pág. 407 y ss.).

Y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en su artículo 17 se refiere al derecho de propiedad en los siguientes términos: “1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que hayan adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general”.

modo, a disposición del legislador ordinario –estatutario- la determinación de un elemento institucional y definitorio de la propiedad privada, como es el “contenido esencial” de este derecho, que como tal ha de limitar al legislador al regular éste su ejercicio? De otro modo, este límite –*ex Constitutione*- no serviría para nada, se desvanecería como humo en el aire.

2. Desarrollo legislativo del contenido del derecho de propiedad privada según categorías y tipos de bienes: Contenido “esencial” y contenido “normal” delimitado legalmente

Identificado así el contenido “esencial” de la propiedad privada en los clásicos *ius utendi, ius fruendi et disponendi*, que nuestro ordenamiento jurídico acoge al definir de modo general este tipo de derecho como el de “gozar y disponer de una cosa” (art. 348 CC), procede dar un paso más estableciendo, asimismo en clave constitucional, la conexión entre este sustancial denominador común, a toda expresión de la multiplicidad de “propiedades” según las diversas categorías o clases de bienes existentes, y la regulación legal correspondiente. El precepto del artículo 53.1 CE, pone a ese contenido “esencial” como límite, que el legislador ordinario no puede franquear ni quebrantar en absoluto, so pena de incurrir por ello, en otro caso, en inconstitucionalidad, si en una regulación legal estatutaria se vulnerara esa sustancia unitaria y definitoria de la propiedad privada, sustrayendo alguna de esas facultades de disfrute y disposición de la cosa, o imponiendo restricciones o condiciones legales a éstas que desfiguraran los rasgos esenciales de la institución en la regulación estatutaria correspondiente al punto de no hacer jurídicamente viable la protección de la utilidad privada o interés individual.

Así pues, el límite o tope constitucional que constituye el “contenido esencial” se establece frente a regulaciones de carácter general, esto es, normativas, del *ejercicio del derecho* de propiedad privada (“ejercicio” que, lógicamente, también presupone un contenido previo)⁴⁹. Lógicamente, el legislador ordinario, al desarrollar y completar el contenido esencial de la propiedad privada, se sitúa en un plano diferente y subordinado –que presupone el reconocimiento y garantía constitucional de esta institución y de

⁴⁹ No se establece, pues, frente a eventuales expropiaciones forzosas que tengan por objeto determinados y concretos bienes y derechos (art. 33.3 CE y 349 CC). Deslinda el “contenido esencial” respecto de la expropiación J. BERMEJO VERA, al decir que “el tope de la invulnerabilidad del contenido esencial no está establecido en la Constitución como garantía frente a hipotéticas expropiaciones, sino [...] frente a regulaciones del ejercicio que pudieran suponer, con carácter de generalidad, una restricción o sustracción de facultades intolerable y desfiguradora de la imagen propia del derecho”. (“Análisis previo de la expropiación forzosa”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 222, 1990, pág. 12). Lo que presupone, pues, la existencia de una utilidad privada o aprovechamiento del titular del derecho, que tiene un *valor económico* –en renta o en venta- real y actual, como se verá más adelante.

su contenido esencial-, al regular cada uno de los tipos o categorías de bienes estableciendo su correspondiente estatuto jurídico (de la propiedad urbana, o de la rústica o agraria ...). En esta operación jurídica, como ha dicho el Tribunal Constitucional “corresponde al legislador *delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes*, respetando siempre el contenido esencial”⁵⁰. Lo que conecta, así, la regulación estatutaria, legal y reglamentaria, *de cada tipo de bien*, con la función social (art. 33.2 CE) que, en razón a otro tipo de interés o utilidad (ésta general o pública), ha de tener en cuenta asimismo el propio legislador ordinario. De aquí la multiplicidad de funciones sociales de que los bienes son susceptibles según su distinta naturaleza, como sucede específicamente respecto a la propiedad inmobiliaria, al regular el suelo urbano, el rústico y en éste el agrario, el forestal, etc.

Esta operación jurídica conduce, en consecuencia, a una diversidad de regímenes legales o, si se quiere por decirlo así, de “propiedades”, cada uno de los cuales ha de participar de la naturaleza y esencia del tronco común, el de la “propiedad privada” institucional. El desarrollo estatutario de la propiedad de cada categoría de bienes incluirá así, en su régimen legal y reglamentario, “el contenido –como dice dicha sentencia constitucional- del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bien”, *contenido* éste que, por ser desarrollo normativo del “contenido esencial” –que la regulación legal estatutaria ha de “respetar siempre”-, vendrá a *completar* en su desarrollo el régimen jurídico de uso, aprovechamiento y disposición del tipo de bien regulado.

Este desarrollo legal –que da así plenitud a ese contenido básico unitario, esencial e identificativo del derecho de “propiedad” privada-, como contenido complementario, o digamos estatutario, en cuanto regulador propio y específico de cada tipo de bien, es el que suele denominarse como contenido legal o “normal” del derecho de propiedad urbana, rústica o agraria, forestal, etc. “Normal”, pues, en cuanto general, como el régimen jurídico estatutario del tipo de propiedad del bien de que se trate⁵¹, que, dentro de ciertos límites, desenvuelve ese contenido esencial y fija también el alcance de la función social

⁵⁰ Sentencia del TC núm. 89/1994, de 17 de marzo.

⁵¹ La expresión “contenido normal” es la que se utiliza en el estatuto legal de la propiedad del suelo desde la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 (art. 70.1) y pasando por el Texto Refundido de 9 de abril de 1976 (art. 87.1), hasta llegar a la actual legislación del suelo –estatal y autonómica- que, aunque no utilice dicha expresión, sí recoge como principio derivado de su carácter de contenido legal y, por lo tanto, aplicable de modo general, el de no indemnizabilidad de los límites y deberes que definen legalmente el contenido de la ordenación urbanística. La doctrina científica sigue, no obstante, utilizando ese concepto de “contenido normal”, en dicho o similar sentido, como el de contenido legal o estatutario. Es, no obstante, la CE de 1978 la que establece al legislador el límite infranqueable del contenido “esencial”, no existente con anterioridad (y que ha de respetar, así pues, el contenido legal o “normal”, que el régimen estatutario no podrá desconocer sino completar o desarrollar, respecto a cada tipo de bien objeto de la regulación jurídica correspondiente).

del tipo de bien regulado. Viene a ser así el contenido “normal” como un contenido *legal* adicional o complementario de la médula o núcleo del derecho que constituye su contenido esencial; aunque *diverso* el contenido “normal” en atención a una tipología de bienes objeto de propiedad (que será así el contenido “normal” o legal –estatutario- de cada tipo de bien).

Fijado el contenido esencial de la propiedad privada en los clásicos *ius utendi, fruendi et disponendi*, la ampliación dentro de ciertos límites, del ámbito de estas facultades, que corresponde realizar básicamente al legislador ordinario, constituye así una operación jurídico-normativa sustantiva, en cuanto supone determinar el ámbito de poder jurídico del propietario o, lo que es lo mismo, hasta dónde llegan en su desarrollo esas facultades, dentro del perímetro o contorno del derecho de propiedad privada, fijado por su régimen jurídico o estatuto. A esta operación jurídica de definición del contenido normal o general del derecho –fijado estatutariamente- se refiere implícitamente la vigente Constitución en su artículo 33.2, en cuanto habilita al legislador y al poder ejecutivo (en virtud de la reserva legal relativa y flexible que utiliza, y a la que más adelante nos referimos) para “delimitar” el contenido de la propiedad privada-, así como la función social que este derecho haya de cumplir según el tipo de bien.

“Delimitar” supone determinar o fijar los límites de algo⁵², que en lo que toca a nuestro tema no son, así pues, sino los límites del contenido “de estos derechos”, es decir, a este respecto, del de propiedad privada, cuyo contenido esencial (art. 53.1 CE) se trata de desarrollar y completar mediante la regulación legal y administrativa “delimitadora” del contenido (normal) del derecho de propiedad. Así pues y según esto, en términos no ya solo gramaticales, sino también jurídicos, será fijar los límites hasta dónde puede llegar el ejercicio de las facultades de goce y disposición del dueño de un determinado tipo de bien –según la finalidad y función que según su estatuto haya de cumplir- conforme a su regulación jurídica; límites que definen el contenido jurídico-sustantivo de la propiedad privada. Lo cual concuerda, además, con la significación que este tipo de derecho subjetivo tiene, esencialmente, en cuanto tal, y que responde a la existencia de un interés o utilidad particular: el “interés jurídicamente protegido” de su titular propietario. ¿Quiere decir esto que la “función social” de la propiedad privada no forma parte del contenido de la propiedad privada? Parece necesario a este respecto, y aun cuando a *la función social* de este derecho se dedique el capítulo que sigue a este, hacer aquí algunas puntualizaciones *respecto al contenido* de este tipo de derecho.

⁵² Con precisión, añade el Diccionario de la Lengua Española de la RAE, que también define “delimitación” como “acción y efecto de delimitar”, por derivación de este verbo transitivo. En su primera acepción, “límite” se define como “línea real o imaginaria que separa dos terrenos, dos países, dos territorios”.

A) Fijación de límites y tipos de intereses implicados

Por lo pronto, los cambios experimentados por el derecho de propiedad privada, como consecuencia de la evolución del Estado de Derecho liberal al llamado Estado Social, han subrayado la importancia de la llamada función social que ese derecho subjetivo –prototipo de derecho patrimonial, que tutela la utilidad individual de su titular- ha de cumplir en pro de otro tipo de intereses, que son los intereses generales de la comunidad. Es así que, de entrada al menos, habría de seguirse como consecuencia lógica, que la función social no está incluida en el contenido (normal) del derecho de propiedad, en razón del distinto tipo de intereses a que se responde y se ordena una y otra, esto es, la utilidad individual o particular la propiedad privada, la utilidad general o pública la función social. Consecuencia del distinto tipo de interés que el ordenamiento jurídico protege sería así el que la “delimitación” del “contenido” estatutario (normal) del derecho de propiedad fijaría el ámbito jurídico situado dentro de los *límites* del propio *derecho* subjetivo patrimonial y, por ende, de esta manera, el alcance que la legalidad determine para el ejercicio de las facultades de uso, disfrute y disposición del titular, según el régimen estatutario aplicable.

En este sentido, ya la propia fijación de límites implica que el propietario no puede sobrepasarlos, entre otras razones sencillamente porque, más allá de esos límites legales, no existe derecho subjetivo o, lo que es lo mismo, porque no hay interés amparado por el Derecho: la utilidad particular habrá de realizarse o moverse dentro del contenido (normal) del derecho; fuera de éste, aunque haya “interés”, no hay “derecho”, porque la legalidad al establecer la “delimitación” de un derecho también está, al mismo tiempo, fijando –aunque sea implícitamente- unos límites o fronteras en interés general. Así pues, la propia delimitación jurídica del contenido de la propiedad privada estatutaria, que la legalidad realiza, al regular el contenido (normal) de este derecho no solo protege el interés o utilidad del propietario, sino que también, al trazar unos límites fronterizos de la propiedad, y determinar así hasta dónde puede alcanzar o llegar el ejercicio de ésta, pone barreras al interés individual o particular porque el interés general o público así lo requiere según la *voluntas legis*.

Más aún, cuando se habla de la utilidad particular del propietario, suele contraponerse incluso radicalmente a la utilidad o interés general de la comunidad, como si aquella se manifestara todavía en la concepción liberal inspiradora de nuestro Código Civil, y como si ya -incluso en éste- no se tuviera en cuenta el conjunto de limitaciones y servidumbres que el mismo establece, que no sólo dependen de la voluntad del propietario sino también de lo que las

leyes establecen⁵³. Incluso la voluntad del propietario, en el libre ejercicio de las facultades de goce y disfrute del artículo 348 del propio Código, no solo encuentra un límite legal en la prohibición de que el ejercicio de cualquier derecho se realice de modo antisocial⁵⁴, sino que, normalmente, además del interés individual del propietario, atiende también intereses familiares o sociales. La vinculación constitucional, en el marco de una economía de mercado, de la propiedad privada a la libertad de empresa (art. 38 CE), determinan y justifican por ello la protección de ambos derechos, en razón no sólo de la utilidad particular del empresario sino también de la utilidad general (creación de riqueza, generación de empleo, etc.), de donde la voluntad del poder constituyente-constituido de promover el progreso de la economía⁵⁵.

Así pues, en todos estos supuestos de límites o fronteras que “delimitan” legalmente el perímetro o contorno del contenido del derecho de propiedad privada y, más concretamente, en el ejercicio de las facultades que incluye el propio derecho, éste cumple ya una función social, en beneficio de intereses generales, paralelamente a la utilidad individual que asimismo –y como tal- la propiedad privada asigna a su titular.

B) ¿Forman parte del contenido de la propiedad privada los deberes y cargas impuestas legalmente por el régimen estatutario de determinados bienes en razón de la función social que éstos han de cumplir?

Supuestos distintos son, sin embargo, los que constituyen modernamente, con el advenimiento del Estado Social de Derecho, la imposición legal de deberes *positivos*, que obligan al propietario/s de determinados tipos de bienes a realizar determinadas prestaciones de dar y de hacer a favor de la comunidad,

⁵³ Así, las servidumbres en provecho de una comunidad (art. 533 CC), las que tienen por objeto una utilidad pública (arts. 544 y 550 CC), la sujeción de las obras que se realicen a las leyes y reglamentos (art. 350 CC), etc.

⁵⁴ El art. 7.2 CC establece que “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

La prohibición del abuso de derecho y el principio de buena fe (art. 7.1 CC) son principios éticos, si bien juridificados por este precepto del CC, aplicables al ejercicio de cualquier derecho, no solo al de propiedad. La doctrina tradicionalmente los considera como límites “internos” o “intrínsecos”, por contraposición a otro tipo de límites o “limitaciones” externas o “extrínsecas” impuestas por las leyes (a que se refiere el art. 348 CC), a las cuales se han adicionado con el Estado Social, otro tipo de restricciones de la propiedad privada, como se verá más adelante (deberes positivos, cargas).

⁵⁵ Véase el preámbulo de la CE, así como el art. 40 de la misma.

por razón de utilidad pública o social. Así, el dueño de un terreno situado en suelo urbano ve limitada su facultad de disfrute, cuando quiere construir o edificar en aquél, por la exigencia de cumplir el deber de urbanizar el suelo que la legislación urbanística establece en razón de interés general (función social)⁵⁶.

Ahora bien, las clásicas limitaciones legales (incluidas las servidumbres forzosas administrativas, en beneficio de la comunidad), y unidas a ellas los deberes y cargas que han ampliado la panoplia de técnicas jurídicas legalmente condicionantes del ejercicio del derecho de propiedad privada según su régimen jurídico o estatuto, *¿forman parte del contenido de este derecho?* La respuesta que ha dado el Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia 37/1987, de 26 de marzo (que se refiere a la Ley andaluza de Reforma Agraria), a esta cuestión –en su fundamento jurídico 2-, se manifiesta en sentido afirmativo, al decir que:

“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. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. 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, 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 definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”.

La lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia constitucional, que de alguna manera resume el párrafo precedente, suscita varias cuestiones que, a nuestro modo de ver, no resuelve acertadamente. La cuestión básica se refiere a la distinción de la doble vertiente de la propiedad privada, como tipo de derecho en abstracto, esto es como institución, y la vertiente como derecho

⁵⁶ Véase *infra*, en el capítulo siguiente (epígrafe IV), las diversas técnicas jurídicas con las que se instrumenta legalmente la función social de la propiedad privada. Las clásicas “limitaciones” de este derecho tenían y tienen asimismo un carácter general, como la norma jurídica de cobertura, pero en sentido negativo, en cuanto imponían o imponen, una obligación o deber de no hacer o de soportar, como allí se dice; aunque, como también allí se verá, la doctrina civilista y publicista admite por lo general una interpretación más amplia del concepto de “limitaciones” para incluir en ellas otros tipos de restricciones legales del contenido de la propiedad.

subjetivo⁵⁷. A la primera vertiente se vincula, como paradigma sustantivo que ha de respetar el legislador, el “contenido esencial”, que lo es así de la propiedad privada como institución⁵⁸ y, como se ha visto, referente constitucional (art. 33.1 y 53.1 CE, en conexión con el 348 CC); de otra parte, a la vertiente de derecho subjetivo se refiere la *regulación* legal de diversos estatutos, que han de delimitar, desarrollar y completar el contenido del derecho –sin perjuicio del que esencialmente tiene la institución- y la función social que asimismo legalmente deba cumplir, la propiedad privada de determinados tipos de bienes, según su respectivo estatuto. Vertientes ambas, objetivadas –en cuanto objeto de regulación constitucional y legal-, que la Constitución distingue de la expropiación forzosa (art. 33.3) de *concretos* derechos subjetivos, por causa de utilidad pública e interés social⁵⁹.

No obstante, la sentencia constitucional 37/1987, a partir de la consideración que hace al decir que la Constitución no recoge una concepción abstracta del derecho de propiedad privada “como mero ámbito subjetivo” –dice-, así como de la referencia que hace a la función social “como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada”, deriva y concluye afirmando que ésta incluye en el “contenido esencial” no sólo el interés o utilidad individual sino también la función social. Todo lo cual, en

⁵⁷ *Supra*, Capítulo Primero, epígrafe V y, en especial, el apartado 3.

⁵⁸ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., en “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la CE, Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, tomo II, Edit. Cívitas, 1991 (pág. 1263).

⁵⁹ Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ha dicho que la CE “expresamente separa de la expropiación forzosa en sentido estricto lo que llama delimitación del contenido de los derechos patrimoniales, que corresponde hacer a las Leyes para concretar su función social (y de acuerdo, también, con su art. 128, que afirma con énfasis que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titular, está subordinada al interés general”). El texto del art. 1 del Protocolo 1 es quizá más inequívoco al ir precedida de la locución adversativa *sin perjuicio*. De estas normas básicas resulta, pues, inequívoco que una cosa es *expropiación* de un derecho patrimonial, no permitida a ningún poder constituido si no es indemnizada, y otra muy distinta es la *delimitación* (o la *reglamentación del uso*) de tales derechos, según su *función social*, siempre *restrictiva* para el propietario, *delimitación* con ese efecto que pueden hacerla precisamente las *Leyes*, sin que deban hacerlo al precio de una indemnización correlativa de los, al menos, *intereses legítimos* que con esas Leyes se verán siempre necesariamente afectados algunos, al menos, de los destinatarios de dichas Leyes en que operen una alteración normativa”. (“La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el Derecho Comparado”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor A. R. Brewer Carías*, tomo III, Edit. Cívitas, 2003 (pág. 3042). (El texto del Protocolo Adicional 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pfo 2º, establece que “las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general...”, que García de Enterría pone en conexión con el art. 33.2 CE).

nuestra opinión, lleva a diluir el “contenido esencial”, máxime cuando más adelante la propia sentencia (F.J. 8) llega a decir que la propiedad privada que “la Constitución reconoce y protege tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir”, lo que supone -dice- la “definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido”. No extraña, respecto a dicha sentencia, que el maestro DíEZ-PICAZO, diga que “según esta idea, no existe un contenido esencial de la propiedad (que este autor refiere a ésta “como institución”), sino un contenido esencial de las propiedades, para cuya configuración legislativa no parecen ponerse más límites a la acción del legislador que su admisibilidad de acuerdo con el criterio dominante en el momento histórico en que se produzca”⁶⁰.

Pese, así pues, a las –nos parecen muy confusas, por no decir erróneas– consideraciones que el supremo intérprete de la Constitución hace respecto al contenido del derecho de propiedad privada, incluyendo en el núcleo “esencial” propio de éste -entendido en abstracto, como institución (se refiere a su “vertiente institucional”)- a la función social, a nuestro parecer esta función no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad *privada*. Si en este contenido se integraran o formasen parte del mismo en interés general o colectivo –junto a las facultades que protegen el interés individual-, limitaciones, deberes y cargas, en suma obligaciones legales, no sólo quedaría desnaturalizada la propia institución civil, sino también la propiedad privada como tipo de derecho subjetivo, que devendría así en otro tipo de situación jurídica, no activa de poder sino mixta o compleja; incluir en el contenido del “derecho”, en definitiva, no solo facultades sino también deberes u obligaciones, pese a reconocer la Constitución (art. 33.1) a la propiedad privada como tipo de *derecho* y garantizar su contenido esencial *como tal tipo de derecho* (englobado en su art. 53.1), supondría tanto como desconocer tal derecho en su dimensión institucional y de referente paradigmático, y como tal vinculante para los diversos regímenes jurídicos o, si se quiere, regulaciones estatutarias⁶¹.

⁶⁰ Estudio cit. “Algunas reflexiones ...”, pág. 1263, *Vid.* asimismo, lo que se dice *infra* (en la nota 65).

⁶¹ Una interpretación sistemática de estos artículos constitucionales lleva a AGUDO GONZÁLEZ, J., a decir que “exige entender [...] que en ningún caso la función social forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad” (“Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria”, *Revista de Administración Pública* nº 185 (2011), pág. 27).

C) *De la delimitación legal de la propiedad privada a la expropiación forzosa: el principio de indemnizabilidad por los límites, deberes y cargas de la ordenación legal y supuestos indemnizatorios*

¿Qué extensión o alcance ha de tener la delimitación legal (y reglamentaria) de la propiedad privada en su regulación estatutaria?, o más precisamente, ¿hasta qué punto puede llegar la configuración jurídico-normativa de este derecho subjetivo y las restricciones que imponga la función social, siendo así que la propiedad privada responde como tal a la existencia de un interés privado patrimonial? Parece indudable que los intereses generales que la propia función social supone nunca podrán reducir el contenido patrimonial del derecho de propiedad hasta un punto en que el interés o utilidad del titular del dominio no pueda satisfacerse, so pena de desnaturalizar la esencia misma de este derecho, esto es, el interés particular del dueño expresado en términos económicos. La rentabilidad económica, que trae su origen de la explotación o aprovechamiento por el titular propietario del bien (v.gr. la edificabilidad del suelo para el propietario urbano o la explotación de cultivos para el titular de una propiedad agraria), constituye un “elemento inescindible” de la propiedad privada, que sin ella carecería de sentido y finalidad⁶². Las restricciones y deberes que imponga la función social, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre ha de tener, en definitiva, como límite el de “que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa...” (s. TC 37/1987, cit. en la nota 33, *in fine*).

Cabalmente por esto, cuando la legislación urbanística impone a los propietarios de suelo urbanizable, entre otros deberes, el de cesión a la Administración municipal de un determinado porcentaje de aprovechamiento urbanístico, pero las *cargas* de urbanización resulten *excesivas* para los propietarios afectados –en relación con el aprovechamiento previsto por el planeamiento–, se prevé que la Administración asuma el exceso “hasta el límite que represente el citado aprovechamiento”⁶³.

⁶² BARNÉS VÁZQUEZ, J.: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Edit. Cívitas, 1988 (pág. 291 y s, y 329). La citada sentencia constitucional 37/1987 señala que “no infringe el contenido esencial constitucionalmente garantizado, <aquella regulación legal que, restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos, imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, orientados a la extensión de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, *siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria*>”. (Las cursivas no figuran así en el texto de dicha sentencia).

⁶³ Arts. 80,d, en conexión con el 161 de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio. La Ley (estatal) de Suelo 8/2007 y el actual Texto Refundido de 20 de junio de 2008, en su artículo 16.1,c, obliga sin embargo a los propietarios a costear “todas las obras de urbanización”, si bien, en su apartado

Presupuesto lo anterior, se plantea otra cuestión: la de que la “delimitación” o configuración legal y estatutaria del contenido de la propiedad de determinado tipo de bien, establezca una sustracción o restricción *excesiva* de facultades, en aras de la función social, pero que no posibilite esa rentabilidad del propietario o que incluso a éste le suponga un perjuicio o lesión. A este supuesto, ha dado respuesta el supremo intérprete de la Constitución, en su sentencia 227/1998, de 29 de noviembre –sobre la Ley de Aguas-, que señala “que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general de derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traducirá en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas no tolerado por la norma constitucional salvo que medie la indemnización correspondiente” (FJ 11).

Así pues, la delimitación del contenido de la propiedad privada, mediante la correspondiente ordenación legal o estatuto, en cuanto general éste, no comporta derecho a ser indemnizados los propietarios por los límites, deberes y cargas (función social) impuestos legalmente (principio éste de no indemnizabilidad por la ordenación, tradicionalmente recogido en la legislación urbanística española)⁶⁴. Sin embargo, este principio se exceptúa en el caso de que se pretenda eludir una compensación económica o indemnización actuando el Estado por vía legislativa, o por cualquier disposición general, en aras de la función social, que, no obstante su rango ordenador, podría ser tachada de inconstitucionalidad (por su efecto expropiatorio).

Serán asimismo indemnizables los casos de expropiación forzosa ya que, en virtud de la garantía constitucional (art. 33.3 CE), la Administración debe compensar económicamente, mediante la correspondiente indemnización, no sólo la privación *singular* de bienes o derechos patrimoniales⁶⁵ sino también –dados los amplios términos que emplea la Ley de Expropiación Forzosa (art. 1)- cualquier limitación o vinculación que reduzca el contenido normal o estatutario del derecho de propiedad privada de un bien (así, por exceder de los

b, remite a la legislación urbanística (autonómica) para reducir –o aumentar- el porcentaje de edificabilidad de forma “proporcionada y motivada”.

⁶⁴ *Vid.* la nota 51. Asimismo, en la legislación autonómica murciana, el art. 58 de la Ley del Suelo de 2005, cit. en la nota precedente.

⁶⁵ En este caso, el derecho de propiedad privada cede o se extingue para convertirse en su equivalente económico cuando el interés de la comunidad (la utilidad pública o el interés social, según el art. 33.3 CE) legitime la expropiación. En este caso, no se plantea la cuestión del “contenido esencial” como barrera o límite frente a la acción del poder público de la Administración, ya que la Constitución establece de modo general este límite *frente al legislador* (art. 53.1 CE).

deberes que la ordenación urbanística establezca de modo general o por restringir el uso o la edificabilidad de un terreno si la restricción no pudiera ser objeto de equidistribución)⁶⁶.

III. FACULTADES QUE ESENCIALMENTE INTEGRAN EL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La propiedad privada integra, así pues y según lo dicho, en su contenido -esencial, que el legislador ha de desarrollar y completar- las facultades que el Código Civil determina en su artículo 348, esto es, la de “gozar y [la de] disponer de una cosa”, que de esta forma genérica y sintética definen el ámbito jurídico medular de actuación del propietario (lo mismo que determina el artículo 17.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según el cual “Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que hayan adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos”). La jurisprudencia y la doctrina civilista han señalado, tradicionalmente, que el dominio es el señorío abstracto, unitario y pleno sobre la cosa -no una mera suma de facultades-, de las cuales el propietario puede verse privado temporalmente pero sin que por ello su derecho de propiedad pierda su integridad potencial y su virtualidad de recuperarlas en el futuro. (Ni que decir tiene que utilizamos el concepto de facultad en el sentido que tiene según la opinión dominante, como un elemento del contenido de los derechos subjetivos, aquí referido al de propiedad privada).

Esta idea lleva implícita una referencia a las características abstracción y generalidad del dominio, en cuanto señorío pleno sobre una cosa, y de su elasticidad. De su abstracción y generalidad se infiere que comprende todas las facultades o posibilidades jurídicas de utilización de la cosa -dentro de los límites definidos legalmente- de acuerdo con la naturaleza del bien y con el destino que pueda decidir el dueño entre los que sean posibles natural y jurídicamente. Generalidad ésta de la que, respecto a su contenido, carecen los demás derechos reales, que atribuyen a sus titulares determinadas facultades sobre la cosa propiedad de otro. En cuanto dotado de elasticidad, en el caso de que se haya constituido un derecho real *in re aliena* o de que la ley -dentro de los referidos límites- haya reducido el ámbito de su contenido, el derecho de propiedad privada tiene también la virtualidad o potencialidad de que, cuando desaparezca la limitación voluntaria o legal, el dominio se expanda para

⁶⁶ DOMENECH PASCUAL, G.: Texto inédito de la conferencia “Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable”; conferencia pronunciada en la Universidad de Murcia (Salón de Grados) el día 21 de diciembre de 2010; en la que se recoge no sólo el criterio del carácter general (delimitación) o singular de la privación o restricción, sino también otros criterios distintivos utilizados en la jurisprudencia; e incluso desde una perspectiva económica y social (costes y beneficios).

recuperar automáticamente las facultades de las que el propietario haya dispuesto –al constituir un derecho real en cosa ajena- o de que sea la ley la que lo haya limitado. La propiedad privada tiene, pues, *vis atractiva* para restablecer la integridad o plenitud de su contenido, en cuanto la limitación, sea ésta voluntaria o legal, desaparezca; asume así, potencialmente, todas las facultades que, en su caso, la constriñen, en virtud de su característica elasticidad⁶⁷.

La actual Constitución española, en su artículo 33.2, hace referencia al “contenido” del derecho de propiedad privada, a propósito de su delimitación legal cuyo tipo flexible de reserva (“de acuerdo con la Ley”) establece; contenido que también presupone el artículo 53.1, al habilitar asimismo al legislador para “regular el ejercicio” de este derecho. Con ello se establece formalmente, como se verá más adelante, una garantía jurídica: la de que, más allá de la voluntad del propietario, sólo pueden imponerse o establecerse límites o limitaciones, que como tales reduzcan el contenido de la propiedad privada, sino mediante ley, que además ha de respetar el contenido esencial de este derecho, so pena de desnaturalizarlo y dejar de poder ser considerado como tal.

Parece conveniente, al objeto de nuestro análisis, hacer aquí referencia a las facultades que, en general, integran el contenido del dominio, haciendo también referencia, aunque sea somera, a la regulación estatutaria de la propiedad inmobiliaria según el régimen urbanístico del suelo y el de la propiedad rústica y agraria, cuando proceda, y sin perjuicio del análisis más detallado que, según sus respectivos regímenes o estatutos, se hace más adelante.

1. Las facultades de uso y disfrute

La facultad de “goce” que sobre la cosa tiene el propietario de la misma supone no solo la posesión, sino también su uso y disfrute, cuando se realiza directamente por el propio dueño (*ut dominus*). Esta posibilidad, digamos como hipótesis normal u ordinaria, significa que es el propietario quien utiliza y aprovecha, por sí mismo, la cosa sobre la que ostenta dominio, sea ésta mueble o inmueble, según su naturaleza. Ahora bien, mientras que el dominio sobre un bien mueble permanece inalterado aunque se realice su desplazamiento,

⁶⁷ Respecto a estas características del derecho de propiedad privada, *vid.* por todos, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, II, vol. 1º, Edit. Reus, 13ª edición (revisada y actualizada por GARCÍA CANTERO, G.), 1987, pág. 153 y ss. En la jurisprudencia, véase por todas, la s. TS (Sala de lo Civil) de 24 de octubre de 2005, que reitera otras que asimismo cita, en su FJ 3º, donde se recogen los caracteres propios del derecho de propiedad definido por el artículo 348 CC.

La característica elasticidad del dominio permite diferenciarlo de los demás derechos reales (usufructo, etc.), que también facultan a otra persona para usar o aprovechar la cosa, porque la propiedad no es una simple suma de facultades, sino un todo o conjunto unitario, global y elástico.

cuando la propiedad recae sobre fincas la cuestión es mucho más compleja, planteándose por lo pronto la extensión o alcance de la propiedad y, por ende, de su uso y disfrute bajo la superficie y en altura. A la temática que, a este respecto, plantea el precepto del artículo 350 CC se ha hecho breve referencia antes⁶⁸: se trata de una cuestión de límites, naturales y jurídicos, según los cuales las facultades de uso y aprovechamiento del propietario llegan hasta donde sea posible, su propia utilidad⁶⁹.

El goce *ut dominus* entraña la posesión de la cosa, que en este supuesto presupone el ejercicio del derecho de propiedad por el dueño de la cosa; aunque, como señala MONTES PENADÉS, entre posesión y ejercicio del derecho de propiedad (o de otro derecho real), como fenómenos distintos, existen diferencias, ya que la posesión consiste en el goce de hecho, realizado también por quien no está investido de derecho, pero que asimismo está tutelado por el Derecho (tutela posesoria), mientras que la tutela del ejercicio del derecho se resuelve en la satisfacción del interés protegido dentro de los límites del título y la calificación jurídica del bien⁷⁰.

La facultad de goce permite al dueño disfrutar de las utilidades o rendimientos de la cosa, faculta por lo tanto a percibir los frutos naturales, industriales o civiles de ésta (art. 355 CC), sin perjuicio de los límites –objetivos– de la propia “*natura rei*” y de los establecidos legalmente (en razón de la función social: art. 33.2 CE). El uso y disfrute de la cosa directamente por el propio dueño incluye la elección por éste, dentro de los posibles destinos de que aquélla sea susceptible, natural y jurídicamente, de aquel que considere conveniente a su utilidad o interés, así como la posibilidad de modificar el destino de la cosa según su propio interés y conveniencia.

Ahora bien, el goce de la cosa por el propietario comprende la posibilidad alternativa de que éste decida transferir –en ejercicio de su facultad de disposición– el uso o disfrute del bien a otra persona, a título de usufructo, que posibilita un máximo de goce y utilización; uso y habitación, en que el goce y

⁶⁸ Capítulo Primero, epígrafe V, 5. La sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 23 de junio de 1998, FJ 2º, que cita otras precedentes, dice que del art. 350 CC se deduce que el propietario lo es también del vuelo, pero si éste está desgajado del anterior [esto es, del derecho de propiedad] el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad. Sobre el derecho de superficie y el derecho de vuelo o sobreelevación, *infra* Capítulo Sexto, II.

⁶⁹ Además de lo expuesto en el Capítulo Primero (V.5), pueden verse las consideraciones que al respecto hace A. DE COSSÍO, en *Instituciones de Derecho Civil*, II, Edit. Alianza, 1975 (pág. 524 y s).

⁷⁰ *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil Contemporáneo*, Edit. Cívitas, 1980 (pág. 247). Usando y disfrutando de cuanto le pertenece –dice C. LASARTE– además de ejercitar el correspondiente derecho en los límites admitidos por el ordenamiento jurídico, el propietario será simultáneamente poseedor de la cosa (LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, tomo IV, Edit. Trivium, 1998, pág. 76; sobre la adquisición de los frutos, págs. 77 a 79).

utilización es mucho menor; la constitución de un derecho de superficie, que faculta al superficiario para usar y aprovechar temporalmente un terreno ajeno construyendo en él una edificación; o una servidumbre, en que la utilidad que proporciona la finca del dueño, como predio sirviente, al dominante, no priva al propietario de ciertas utilidades que aquél sea susceptible de producir. En estos casos de derechos reales limitados, sobre cosa ajena (*iura in re aliena*), sus titulares vienen, pues, facultados para utilizar y aprovechar -total o parcialmente, según los casos- un bien cuyo dominio pertenece a otro, que, a cambio de la cesión del uso o aprovechamiento de la cosa, tendrá derecho su dueño a percibir una renta o canon; como asimismo en caso de arrendamiento (aunque la naturaleza, personal o real, de éste sea discutida)⁷¹. En estos casos, el valor de uso *ut dominus*, por el propietario, se sustituye por el valor de renta a satisfacer por el titular del derecho real limitado que grava la cosa, al propietario de ésta.

La elección del destino y goce de la cosa que corresponde a su dueño adopta sin embargo, respecto a la propiedad privada de bienes inmuebles, una especial significación por la incidencia que en este tipo de derecho subjetivo civil y patrimonial tiene el régimen jurídico-público y la función social que este régimen instrumenta fijando determinados límites del contenido del derecho de propiedad (art. 33.2 CE) y, por ende, a las facultades de uso y aprovechamiento de la propiedad inmobiliaria. Ejemplo paradigmático de esto lo tenemos en la propiedad urbana, respecto a la cual la legislación urbanística del suelo -estatal y autonómica en el plano legislativo, y local mediante el planeamiento- limitan la elección del "goce", esto es, del uso y aprovechamiento del suelo urbano y del urbanizable, condicionando así, mediante la "clasificación" de los terrenos en uno o en otro de estos tipos de suelo -que quedan sujetos a distintos regímenes estatutarios-, así como mediante su "calificación" urbanística, fijándose limitaciones respecto a los usos admisibles (residencial, comercial, industrial ...) y a la intensidad de su aprovechamiento volumétrico (residencial de alta intensidad, media, baja o mínima, etc.)⁷².

Ni que decir tiene lo que sustancialmente supone, respecto del precepto contenido en el artículo 350 del Código Civil, esta incidencia del régimen jurídico-público en materia de urbanismo en el ámbito del contenido del derecho de propiedad privada inmobiliaria, cuyo titular verá limitada su

⁷¹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, III, 7ª edición (2005), Edit. Tecnos, pág. 43 y ss.

⁷² Como ejemplo de ordenación legal a este respecto, puede verse el artículo 101 de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio. Sobre el mismo, LÓPEZ PELLICER, J.A., *et alii*: *La ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia*, Edit. DM, Murcia, 2009, pág. 224 y ss. De modo general y en extenso, *infra*, Capítulos Cuarto (III.1) y Quinto (II y III).

voluntad, en punto a poder hacer antes, según el citado precepto civil, en un terreno “las obras que le convengan, salvo las servidumbres ... y reglamentos de policía”, comparándolo con las precisas determinaciones urbanísticas que la legislación del suelo y el más detallado planeamiento territorial y municipal le imponen ahora. La mayor y más intensa incidencia de esta normativa, en el plano jurídico-público, determina en consecuencia y de modo correlativo para el propietario, una importante y significativa *reducción del ámbito de decisión* sobre el tipo de utilización y del aprovechamiento de su finca.

2. La facultad de disposición

Esta facultad del propietario también constituye un ingrediente esencial del dominio privado. El artículo 348 CC incluye por ello, junto a la facultad de goce, la de “disponer” de la cosa objeto del derecho de propiedad privada. Consiste, como es sabido, en la posibilidad que tiene el propietario de la cosa de enajenarla total o parcialmente, esto es, transmitiendo la propiedad misma, o bien de gravarla constituyendo en este supuesto sobre ella un derecho real limitado (usufructo, derecho de superficie, etc.).

Es ésta una facultad común a otros derechos patrimoniales, pero esto no significa que no sea esencial al derecho de propiedad privada. Ahora bien, el poder jurídico de disposición del dueño sobre las cosas objeto de este derecho es un poder directo e inmediato⁷³, mientras que la facultad de disposición de los demás derechos patrimoniales es derivada del derecho de propiedad.

En el ordenamiento jurídico-privado, esta facultad ínsita en la propiedad privada conecta por un lado, con la institución de la herencia (art. 33.1 CE), en el supuesto de que el acto de disposición sea “mortis causa”; y por otro, con el derecho constitucional de libre empresa (art. 38 CE), supuesto que los bienes de propiedad privada están –a diferencia de los bienes de dominio público- en el tráfico jurídico, pudiendo disponer el dueño de la cosa, mediante actos “inter vivos”, la enajenación total de ésta (venta) o bien parcial (*iura in re aliena*). La propiedad privada es, pues, *presupuesto* de la herencia y de la libertad de empresa, cuyo contenido esencial cuenta asimismo, como aquélla, de la protección y garantía jurídica que la CE (art. 53.1) otorga a estos otros derechos constitucionales, asimismo respecto a la regulación de su ejercicio. Se hace difícilmente imaginable, en efecto, el respeto de estos derechos –dice BARNÉS VÁZQUEZ- si se limitara el tráfico jurídico de los bienes de modo que se despojara, mediante esta regulación, al titular dominical de la posibilidad de enajenarlos⁷⁴.

⁷³ Cossío, A. *Instituciones de ...*, pág. 523.

⁷⁴ *Ob. cit. La propiedad ...*, pág. 343. En efecto –dice este autor-, parece impensable que el particular pueda facilitar el disfrute económico de los bienes, sin la posibilidad de transmitir el derecho mismo (de propiedad privada sobre ellos). Por su parte, C. LASARTE considera que la

La incidencia asimismo del régimen jurídico-público, al delimitarse legalmente el contenido del derecho de propiedad privada (artículo 33.2 CE), también podrá suponer la fijación de límites respecto al *ius disponendi* del propietario por razones de interés general (función social): pongamos por caso, en suelo rústico, la indivisibilidad de parcelas por debajo de la superficie fijada como unidad mínima de cultivo; o limitar la facultad de disponer de la cosa su dueño en caso de otorgar la ley derechos de preferencia a los colindantes⁷⁵.

3. El *ius vindicandi*

Aun cuando suele incluirse en el contenido esencial del dominio la facultad de reivindicación de la cosa (así, A. DE COSSÍO cit.) y a esta facultad alude el artículo 348, pfo 2, del Código Civil (“el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”), en realidad la tutela jurídica del derecho de propiedad privada forma parte más bien, como derecho fundamental (art. 24.1 de la Constitución), del ámbito de protección por el ordenamiento de *todos* los derechos subjetivos, cualquiera que sea su naturaleza. Existe, sin embargo y como es sabido, un determinado tipo de acciones judiciales, las acciones reales, ejercitables por el propietario como medios para obtener la tutela del dominio por los tribunales de justicia. En el tipo más notorio de esta clase de acciones, esto es, la acción reivindicatoria, el propietario demanda de los tribunales, del orden jurisdiccional civil, la restitución de una cosa de su propiedad, de la cual indebidamente haya sido privado o desposeído; pretensión basada precisamente en su título jurídico de dominio⁷⁶.

facultad de disposición manifiesta en términos económicos, el valor de cambio de la cosa en una economía de mercado (art. 38 CE) (*Principios ... ob. cit.*, pág. 88). Si un bien no pudiera transferirse (o tuviese altos costes de transferencia) sería utilizado o explotado en usos menos productivos y la riqueza se congelaría; de donde se sigue que la *transferibilidad* es también un criterio necesario para que la propiedad privada sea eficiente (ARIÑO ORTIZ, G., en “Propiedad, libertad y empresa”, cit., pág. 106).

⁷⁵ Excepcionalmente, el *ius disponendi* del propietario falta en caso de que exista alguna prohibición legal de disponer (así, en los supuestos del art. 196, art. 221.3º, *in fine*, y del art. 525 CC, o en virtud de una decisión judicial o administrativa, que ha de ser objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad (art. 26.2º de la Ley Hipotecaria).

⁷⁶ De ahí que –como dice la sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 24 de octubre de 2005, FJ 3º– “la acción reivindicatoria permite al propietario exigir del mero poseedor o detentador sin título, o con título que haya de decaer frente al del actor, la restitución de la cosa en condiciones tales que no comporten limitación alguna en el ejercicio del derecho de uso y goce característico de la propiedad, cuando tal limitación no está amparada en la Ley”. La acción publiciana persigue no solo la restitución de la cosa, sino también sus frutos, accesorios y el abono de menoscabos (S. TS de 30 de marzo de 1927).

Ahora bien, respecto a la actuación de los poderes públicos y, en concreto, de la Administración, dado el perfil jurídico-público que hoy tiene según su régimen estatutario el derecho de propiedad privada, la tutela jurídica de este derecho por los tribunales también viene atribuida a los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, regulado por la Ley 29/1998, de 13 de julio. Así, respecto a la propiedad urbana, su ordenación detallada en el ámbito municipal (reglamentación, planteamiento urbanístico) e incluso, de modo más concreto, la sujeción legal del ejercicio del derecho a intervenciones administrativas singulares (actos administrativos: autorizaciones y licencias, órdenes de ejecución, etc.) comporta que la tutela jurídica del ejercicio del derecho, ante esta serie de disposiciones y actos de la Administración, sujetos al régimen jurídico-público, corresponda a este otro orden jurisdiccional⁷⁷.

El carácter adjetivo o procesal de estas acciones de tutela por los tribunales del derecho que se considera, determina y justifica el que soslayemos su consideración, en razón del objeto propio del presente trabajo.

IV. GARANTÍA JURÍDICA FORMAL DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA: ALCANCE DE LA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEY

La actual Constitución española, en sus artículos 33.2 y 53.1, establece una reserva de ley para regular el contenido del derecho de propiedad privada, con una diferencia entre ambos preceptos fundamentales: la de que el primero de ellos establece una reserva legal relativa (delimitación del contenido del dominio “de acuerdo con las leyes”), mientras que en el segundo la reserva legal tiene carácter absoluto (“sólo por Ley”, que debe respetar siempre su “contenido esencial”, puede “regularse el ejercicio de los derechos”, lo que presupone la del contenido de éstos⁷⁸). De la comparación entre ambos

Sobre este particular, además del CC (arts. 348, pfo 2, 464 y 1955), véase el art. 38 de la Ley Hipotecaria.

Otras acciones de protección de la propiedad son, como es sabido, la acción declarativa de dominio (SS TS de 24 de mayo de 1992, 16 de mayo de 2000, 19 de julio de 2005, 30 de junio de 2011, etc.), la acción negatoria (que otra persona pretenda tener sobre la cosa, p. ej. de una servidumbre) y la tercería de dominio (art. 594 LEC y, entre otras, la s. TS de 14 de junio de 2007).

⁷⁷ Que se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales y de las incidentales que, aún siendo de tipo civil, se hallen directamente relacionadas con el recurso contencioso-administrativo, según los términos que la Ley 29/1998 citada, establece en su artículo 4. Una abundante jurisprudencia ha recaído respecto a la acción civil reivindicatoria (entre las sentencias del TS más recientes, cabe citar las sentencias de 5 de noviembre de 2009, 14 de julio de 2010 y 16 de junio de 2011).

⁷⁸ Es verdad, dice DíEZ-PICAZO, que el artículo 53 de la Constitución sólo incluye en la reserva de ley el “ejercicio” del derecho. Sin embargo –añade–, no es difícil establecer un íntimo enlace

preceptos constitucionales parece deducirse la existencia de un doble tipo de reserva legal, una relativa (en cuanto implícitamente admite la colaboración reglamentaria: art. 33.2) y otra absoluta (art. 53.1). Es indudable que este último tipo de reserva comprende, incluso respecto al legislador, la salvaguardia de la sustancia del derecho de propiedad privada institucionalmente considerada – esto es, el *ius utendi, fruendi et disponendi*-, pero el artículo 53.1 incluye también en su ámbito de reserva a la ley (formal) “el ejercicio” y, por lo tanto, su *prius* lógico, que es el contenido esencial de este derecho, que el legislador ha de desarrollar y completar.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo, dice – ante esta dualidad de reservas legales de distinto alcance- que el artículo 33.2 de la Constitución flexibiliza la reserva de ley respecto a la delimitación del contenido de la propiedad y la función social, con prohibición de “toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido de la propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*”. Admite, pues, dicho precepto constitucional, que el legislador reenvíe al Ejecutivo o la Administración para que, en ejercicio de la potestad normativa de ésta, complemente la regulación establecida por el legislador.

Subsiste, sin embargo, a nuestro parecer, la cuestión –sustantiva- de hasta dónde o qué límite puede o ha de llegar la ley en su función reguladora primera –delimitadora- del contenido y “ejercicio” del derecho de propiedad privada, límite éste que –respecto a la potestad normativa de la Administración- cumpliría no sólo con la reserva legal absoluta del artículo 53.1 de la CE, sino también con la reserva exclusiva a la ley estatal que impone, la propia Constitución, en su artículo 149.1,1º (a que después se alude). En ejercicio de esta función reguladora reservada directamente al poder legislativo –estatal y estatutariamente al autonómico-, todo lo que sea regulación del contenido del *derecho* de propiedad, límites y restricciones (función social), constituye materia comprendida en dicha reserva absoluta de ley, incluida la habilitación por ésta a la Administración para que, complementariamente, venga habilitada para reglamentar y planificar con cierto detalle el desarrollo y ejecución de la Ley. Ya el Código Civil, en su artículo 348, reservaba a las leyes la posibilidad de imponer limitaciones o restricciones al contenido, en principio pleno (lo que no quiere decir, pues, absoluto o ilimitado), del dominio privado; reserva legal que la Constitución vigente mantiene formalmente, si bien desde su superior rango jurídico fundamental, y con el mayor alcance que también supone la imposición de límites, deberes y cargas (función social) que, asimismo y en todo caso, sólo pueden imponerse en virtud de norma con rango formal de ley.

La relativización de esta reserva por la fórmula más flexible utilizada por la propia Constitución en su artículo 33.2, no sólo requiere, pues, de habilitación

entre ejercicio y contenido del derecho para sacar la conclusión de que sólo se regula el ejercicio estableciendo previamente un contenido (“Algunas reflexiones ...”, en *ob. cit.*, pág. 1265).

legal, sino que también ha de respetar la Administración los límites fijados *por la ley* al ejercicio del derecho, así como establecer los deberes y cargas que en su caso reduzcan el contenido de éste; sin que en ningún caso pueda imponerlos, pues, la Administración sin la *necesaria cobertura legal*, dada la prohibición en esta materia de la figura del reglamento independiente o *praeter legem*, proscritos en esta materia según la jurisprudencia constitucional antes citada.

V. COMPETENCIAS PÚBLICAS PARA REGULAR EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La existencia de regulaciones legales diversas, según distintos tipos de bienes, que disciplinan de manera diferente las facultades o posibilidades de uso y disfrute, así como la de disposición, de cada tipo o clase de inmuebles (propiedad urbana, rústica y agraria, etc.), se traduce en definitiva en la existencia de diversos estatutos o regímenes jurídicos de cada una de estas “propiedades”. De lo expuesto en el apartado precedente, se deduce que, ante todo, y en virtud del principio de reserva de ley (arts. 53.1 y 33.2 CE), sólo el Estado y las Comunidades Autónomas vienen habilitadas por la normativa constitucional para establecer y promulgar normas con rango de ley, así como de potestad reglamentaria sus respectivas Administraciones o Ejecutivos. También vienen habilitados para establecer normas jurídicas secundarias, de rango reglamentario, los municipios, según la normativa de régimen local y sectorial en determinadas materias, como sucede señaladamente en la de ordenación territorial y urbanística.

Por su parte, el Estado ostenta competencia exclusiva, conforme al artículo 149.1 de la Constitución, para regular “las condiciones que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (apartado 1º), así como en materia de “legislación civil”, aunque “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” éstos (apartado 8º). En consecuencia, corresponde al Estado regular legalmente el contenido y ejercicio del derecho de propiedad privada no solo para asegurar una ordenación jurídica general y uniforme –*ex* artículo 149.1.1º de la CE-, aplicable en todo el territorio nacional (que aun cuando no sea formalmente una legislación o normativa básica, viene en la práctica a cumplir la función jurídica propia de ésta),⁷⁹ sino también por tratarse la propiedad privada, como tal, de una institución y un tipo de derecho subjetivo propio del Derecho Civil⁸⁰.

⁷⁹ Este título competencial no habilita, sin embargo, por sí mismo, al Estado para poder regular “cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho”, sino sólo para “el establecimiento de las condiciones básicas que establecen un mínimo común denominador” normativo aplicable en todo el territorio nacional (Sentencias del TC núms. 156/1995 y 61/1997, cit.; también, la sentencia 164/2001, de 11 de julio).

Ahora bien, si al amparo de su competencia exclusiva en materia de “legislación civil” (art. 149.1.8º CE), el Estado viene habilitado para regular la propiedad privada como tipo de derecho subjetivo real y patrimonial, esta habilitación constitucional (del art. 149.1,8º CE) no le faculta, sin embargo, para regular la intervención *pública* en este tipo de derecho subjetivo respecto a determinadas clases de bienes cuando esto suponga invadir competencias propias que las Comunidades Autónomas tengan atribuidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía (según la doctrina sentada por la citada sentencia constitucional 61/1997, de 20 de marzo, entre otras), como sucede en materia de

La S. TC 61/1997, en su FJ nº 10, dice que “[...] el Estado tiene competencia para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el cumplimiento de los deberes constitucionales y, en consecuencia, para regular los deberes básicos que sean inherentes a cada manifestación del dominio. En tal sentido, no debe olvidarse que la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad y empresa y sintetiza los deberes que modulan su ejercicio (art. 33.2 CE), como que la competencia estatal “ex” art. 149.1.1º CE se extiende a los deberes constitucionales (arts. 149.1.1º CE y 33.2 CE). De ahí que pueda encontrar cobijo bajo la competencia estatal las manifestaciones más elementales de la función social de la propiedad urbana, los deberes básicos que a su titular corresponde satisfacer, en cuanto sirvan para garantizar la igualdad a que se refiere el art. 149.1.1º CE”.

⁸⁰ Las Comunidades Autónomas que tienen competencia para la “conservación, modificación y desarrollo” de su Derecho civil privativo (art. 149.1.8º CE) pueden regular la propiedad entrando a regular relaciones *inter privados*, si la modificación o el desarrollo de que se trate entra dentro de los límites de aquélla. Sobre las competencias autonómicas en esta materia: LASARTE ÁLVAREZ, *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Cívitas, Madrid, 1980 (pág. 99 y ss). Del mismo autor, Art. 149-1, 2º, 6º, 8º y 9º, en *Comentarios a la Constitución española*, dirigidos por O. Alzaga, Tomo XI, Edersa, Madrid 1988 (pág. 155 y ss), y *Principios de Derecho Civil*, I, Edit. Trivium, Madrid, 1992 (pág. 56). BERCOVITZ, R.: “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil”, Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil, Oñate, 1983. Asimismo, MEDINA DE LEMUS, M., *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, Colegio de Registradores y Mercantiles de España, Madrid, 1995, pág. 97 y ss. Este último autor, sobre la cuestión relativa al alcance de dicho título competencial del art. 149.1.8º CE, dice que cabe “pensar que cualquier ley que se refiera de modo intrínseco a las facultades del propietario puede calificarse de civil, pero eso no tiene por qué coincidir con el concepto formal “legislación civil” ex art. 149.1.8º CE. Y es que la cifra misma del problema reside –dice– en que, atribuida a las Comunidades autónomas la competencia específica para legislar en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda ex art. 148.3º CE, quedaría absolutamente vaciada desde el momento en que negáramos la actuación sobre los poderes del propietario en alguna medida a dichas Comunidades, no obstante la exclusiva pertenencia al Estado de la legislación civil. De ahí que el Tribunal Constitucional, al objeto de vedar ese vaciamiento, recurre al expediente no muy feliz de llamar de otro modo lo que parcialmente es legislación civil en el contexto de un sector material de regulación. El problema en la práctica se aminora, habida cuenta de que las propias Comunidades, al hacer uso de estas competencias por sectores, repiten sistemáticamente párrafos literales de regulación previa estatal, o habida cuenta de la conveniencia, en la medida de lo posible, de que la legislación estatal o autonómica sea consensuada en su producción, para evitar litigios” (pág. 106).

urbanismo, agricultura, montes y protección del medio ambiente. Así pues, la competencia normativa *estatal* en materia de “legislación civil” (ex art. 149.1,8º CE) tiene por objeto la regulación de la vertiente jurídico-privada del derecho de propiedad, sin perjuicio de la competencia *autonómica* que incide en la dimensión jurídico-pública, en aquellas materias en las que –como las citadas– el respectivo Estatuto de Autonomía atribuya al ente autonómico competencia y potestad legislativa.

Así, en lo que especialmente se refiere a la propiedad inmobiliaria urbana, todas las Comunidades Autónomas han asumido como competencia exclusiva la referente a la materia de urbanismo (artículo 148.1.3º de la Constitución y todos los Estatutos de Autonomía, así el de la Región de Murcia en su art. 10.Uno.2). No obstante, el Estado, tras la sentencia constitucional 61/1997⁸¹, ha hecho uso de los referidos títulos competenciales del artículo 149.1,1º y 8º, además de otros, primero con la promulgación de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, y después con la de la Ley 8/2007, de 25 de mayo, sustituida por el actual Texto Refundido de junio de 2008. La competencia autonómica en materia de urbanismo –que han asumido en exclusiva todas y cada una de las Comunidades Autónomas–, ha derivado, en su ejercicio, en una diversidad de leyes urbanísticas, tantas como el número de aquéllas, que no obstante, en la práctica, ha determinado que, al tener todas ellas como modelo la legislación urbanística estatal precedente –sobre todo la Ley del Suelo de 1976–, la centrifugación del Derecho Urbanístico español que ha supuesto en definitiva la sentencia 61/1997, si bien y pese a ello, haya sido menor de lo que hubiera podido esperarse entonces.

La complitud, por último, en sede local, del ordenamiento urbanístico, incluye también la posibilidad de que cada municipio complemente, éste,

⁸¹ Que declaró inconstitucionales y nulos, por incompetencia del Estado en materia de urbanismo la mayor parte del articulado de la Ley del Suelo estatal vigente entonces –el Texto Refundido de 1992–, pese a lo cual muchas Comunidades Autónomas mantuvieron, como legislación ahora autonómica, el modelo de dicho Texto refundido (de la LS de 1976 y reformas ulteriores, entre las que destaca la establecida por la Ley 8/1990). La legislación estatal precedente se basaba en un modelo de propiedad del suelo, que fue calificado como de *propiedad desagregada*, en la que el dominio sería inicialmente una pura titularidad carente de contenido y el propietario iría adquiriendo facultades o derechos gradualmente o *en cascada*, a medida que fuera cumpliendo los deberes urbanísticos (o perdiéndolos en caso de incumplimiento): el derecho a promover o completar la urbanización, el derecho al aprovechamiento urbanístico, el derecho a edificar y el derecho a la edificación (DE PABLO CONTRERAS, P. *et alii*: *Curso de Derecho Civil*, III, Edit. Colex, 2008 (pág. 138). Como consecuencia de ello, con posterioridad a dicha sentencia constitucional, el Estado promulgó la Ley 6/1998, de 13 de abril, derogada por la Ley 8/2007, de 25 de mayo, de suelo, con posterioridad refundida con los preceptos subsistentes de la Ley del Suelo de 1992, en el Texto Refundido aprobado por el RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, actualmente vigente como legislación estatal en la materia –con las modificaciones introducidas por la Ley 8/2013–, que se funda en los títulos competenciales contenidos en el art. 149,1,1º y 8º, entre otros (que la Ley 8/2007, señala en su Disp. Final Primera, *id* el citado Texto Refundido de junio de 2008).

mediante la técnica del planeamiento y sus normas urbanísticas, dentro de los límites que a su autonomía impone la referida reserva constitucional de ley.

En efecto, respecto a la propiedad inmobiliaria urbana, ha de tenerse en cuenta que la autonomía que a los municipios reconoce y garantiza la Constitución española (arts. 137 y 140) para gestionar sus intereses propios, obliga al legislador sectorial en materia de urbanismo (art. 25.2.d, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, básica de régimen local), esto es, al legislador autonómico, a atribuir a aquéllos un ámbito de competencias propias en esta materia. La concurrencia en ella de las Administraciones autonómica y local, requiere que ésta –el municipio- tenga competencia para elaborar y aprobar el planeamiento que, dentro del marco de la legalidad urbanística (aspectos reglados), estime conveniente cada municipio para ordenar la conservación y desarrollo urbanístico de la comunidad local, regulando hasta completar de modo concreto –incluso metro a metro cuadrado- la ordenación técnico-jurídica de todos los terrenos; sin que por ello el control de tutela autonómica que legalmente se establezca pueda exceder de los aspectos reglados, ni justificarse fuera de su conexión con intereses supralocales (como ha considerado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ss. de 13 de julio de 1990, 25 de abril de 1991, 18 de mayo de 1992, etc.).

La técnica del plan constituye una pieza o elemento básico, “la base necesaria y fundamental de toda ordenación urbana” (como decía el preámbulo de la Ley de Suelo de 1956), ya que no sólo es un instrumento que tiene por objeto prever y dirigir el proceso de la actividad urbanística (la conservación, renovación y expansión de la población sobre el territorio y, en especial, en el ámbito urbano, municipal), sino que también, en sentido jurídico, constituye una norma que, por reenvío de la Ley urbanística –autonómica- determina y concreta el contenido en aprovechamiento urbanístico de la propiedad del suelo. El ordenamiento urbanístico no se agota, pues, en la normativa legal, sino que también integra el planeamiento urbanístico, al que remite la Ley, para concretar en el espacio –atendiendo a las características propias del territorio o suelo ordenado- las normas abstractas de aquélla⁸².

⁸² Sobre la naturaleza normativa del planeamiento urbanístico, se ha pronunciado de manera reiterada la jurisprudencia del TS (Sala 3ª). (Así, entre otras muchas, las sentencias de 4 de febrero de 1983; 25 de junio de 198; 18 de diciembre de 1986; 30 de julio de 1990; 20 de enero y 18 de marzo de 1992; 20 de mayo de 1999, etc.), e incluso el Tribunal Constitucional (que en sentencia de 13 de mayo de 1986 dice que “el planeamiento urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico”); si bien se trata de una norma que, en cuanto emana de la Administración en el ejercicio de la potestad de ordenación urbanística que le atribuye la citada Ley, tiene carácter subordinado, con el mismo rango que las normas reglamentarias (si bien sin perjuicio de la autonomía municipal, de la que constituye manifestación, en el marco de la Ley). Respecto a la significación y funciones del planeamiento, dentro del estatuto urbanístico de la propiedad del suelo, remitimos a las consideraciones que se hacen en el Capítulo Cuarto, apartado III, y en especial a su apartado 2.

Ahora bien, lo que especifica al plan de ordenación urbana como instrumento normativo, es que integra no sólo la ordenación urbanística del espacio planeado –aspecto normativo típico, esto es, la regulación del aprovechamiento del suelo, sino que también constituye un instrumento o norma de acción, al integrar igualmente la normativa relativa a su propia ejecución. El plan prefigura, en este sentido, el desarrollo de la ordenación urbanística del territorio planeado y, por tanto, el proceso de su ulterior ejecución. Se ha dicho por ello, de manera expresiva, que así como un reglamento se aplica, el plan se aplica y se ejecuta al mismo tiempo, porque precisamente sus previsiones constituyen la formulación de lo que ha de ser una realidad material, para cuya ejecución es preciso aplicar unas normas del modo establecido (LÓPEZ PELLICER, J.A.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, II (2), Edit. DM, 2002, págs. 212 y 221).

CAPÍTULO TERCERO

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

SUMARIO: I. DE LA CONCEPCIÓN LIBERAL DE PROPIEDAD PRIVADA A LA FUNCIÓN SOCIAL DE ESTE DERECHO. II. FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA. III. POSICIONES DOCTRINALES RELATIVAS A LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA. 1. Doctrina que integra la función social de la propiedad privada en el contenido de este derecho: la propiedad-función jurídica (derecho-deber, derecho-función). 2. Doctrina que considera a la función social como limitativa o restrictiva del derecho de propiedad privada, aunque variable según la intensidad de dicha función, y que especialmente opera respecto a la propiedad de bienes productivos. 3. Posición que se mantiene sobre la función social de la propiedad privada. IV. INSTRUMENTACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA. 1. De las clásicas “limitaciones establecidas en las leyes” a la fijación de “límites” para definir el contorno perimetral del derecho de propiedad privada y, de este modo, el alcance de las facultades integrantes del contenido de este derecho. 2. Fijación de deberes y cargas que condicionan legalmente el ejercicio del derecho de propiedad privada. 3. Fijación de condiciones para el ejercicio de facultades que atribuye la propiedad privada: intervenciones administrativas singulares limitativas de este ejercicio. 4. No indemnizabilidad de las restricciones o limitaciones del derecho de propiedad privada impuestas legalmente en razón de la función social regulada por el correspondiente régimen estatutario (reenvío). Sólo son indemnizables las limitaciones y vinculaciones singulares o específicas. V. RECAPITULACIÓN.

I. DE LA CONCEPCIÓN LIBERAL DE PROPIEDAD PRIVADA A LA FUNCIÓN SOCIAL DE ESTE DERECHO

Es ya casi tópica la afirmación de que el derecho de propiedad privada tiene un carácter absoluto, afirmación que ha pretendido basarse históricamente en la definición del Derecho romano y el supuesto “*ius abutendi*”, que facultara al propietario para utilizar la cosa incluso de forma arbitraria o abusiva⁸³, y modernamente en la concepción liberal, que –también supuestamente– identificara la propiedad privada con un poder ilimitado otorgado a su titular para satisfacer solamente sus intereses individuales⁸⁴. A esta concepción de la

⁸³ La propiedad romana definida como *ius utendi et abutendi* no se halla en fuentes romanas, sino que fue enunciada por los juristas medievales, lo mismo que sucede con la afirmación de que la propiedad del suelo se extiende *usque ad coelum et ad inferos* (FERNÁNDEZ BUJÁN, A.: *Derecho Privado Romano*, Edit. Iustel, 2010, pág. 383 y s).

⁸⁴ En el orden liberal, el derecho de propiedad se identifica con un poder tendencialmente ilimitado que se otorga a su titular para la satisfacción exclusiva de sus intereses individuales. En su seno, no caben vínculos, ni obligaciones y su extensión se determina únicamente por la voluntad del propietario, que no está obligado a atender, en modo alguno, al bien general, ni al interés de los demás. La propiedad representa así un ámbito de libertad en el que rige plenamente la autonomía de la voluntad del titular. El ejercicio del poder dominical queda exclusivamente supeditado a la soberana voluntad del dueño, no dependiendo de ningún otro

propiedad privada como un derecho subjetivo ilimitado se contrapondría la idea de solidaridad social postulada ideológicamente en el siglo XX y que llega a cristalizar en la noción de función social, como determinante de una transformación profunda de la propiedad, como señalara entonces L. DUGUIT⁸⁵.

condicionamiento, salvo el representado por el respeto a los derechos ajenos (COLINA GAREA, R.: *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Edit. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 175).

Cuando aún era intensa la concepción liberal, R. IHERING ya decía que “no es verdad que en la idea de propiedad se encierre un poder absoluto o ilimitado de disposición. La sociedad no puede tolerar ni ha tolerado nunca tal configuración de la propiedad: la idea de propiedad no puede conllevar algo que esté en oposición con la idea de sociedad” (*El fin del Derecho*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1978, pág. 251 y s). La afirmación de WINSCHIED sobre la propiedad como derecho ilimitado, ya entonces fue considerada como exagerada por WOLF, según expone COLINA GAREA (*ob. cit.*). Sobre el supuesto carácter absoluto del derecho de propiedad privada y los equívocos de esta caracterización, MUÑOZ GUIJOSA, M^a A.: *El derecho de propiedad privada: De la Constitución a la Ordenación Urbana*, Edit. Cívitas-Thomson, 2009 (págs 46 a 48); donde se cita a R. BERCOVITZ, para quien tal carácter proviene de la expresión “de la manera más absoluta”, contenida en el artículo 544 del *Code Civil* francés, y trae causa de la voluntad del codificador francés de salvaguardar frente a los poderes públicos la propiedad privada surgida en 1789, voluntad que conduce a aquél a afirmar el carácter absoluto del poder de los propietarios, para colocarlo así en pie de igualdad frente a otro poder absoluto, la soberanía del Estado. “Tal es el verdadero sentido –dice BERCOVITZ- de la expresión contenida en el art. 544 del Código francés (“de la manera más absoluta”) y no el de conceder al propietario facultades ilimitadas, que carecerían de lógica junto a la referencia contenida en el mismo texto legal a la existencia de límites legales y reglamentarios”.

⁸⁵ “¿Cómo han organizado –se pregunta León DUGUIT- esta institución social los Códigos fundados en el principio individualista y civilista? De una manera bien sencilla. Primeramente, sus autores no se han preocupado de apreciar la legitimidad de las apropiaciones existentes de hecho y de determinar su fundamento. Han tomado las situaciones existentes y las han declarado intangibles. Por otra parte, siendo profundamente individualistas, no han tenido en cuenta más que la afectación de la riqueza a un fin individual, el complemento y algo así como la condición misma de la libertad, de la autonomía individual. No han comprendido, ni han podido comprender, más que la protección de este destino individual. Han creído que el único medio de protegerlo consistía en su duración, absoluto en sus efectos; un derecho que tendrá por objeto la cosa apropiada y por sujeto pasivo todos los individuos, que no sean el interesado mismo. En una palabra, han adoptado la robusta construcción jurídica del *dominium* romano.” A continuación, cita DUGUIT los textos que consagran este sistema: el artículo 17 de la Declaración de Derechos de 1789: “La propiedad es un derecho inviolable y sagrado...”. El artículo 17 de la Constitución argentina: “La propiedad es inviolable...”. Los artículos 544 y 545 del Código de Napoleón: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta”. El artículo 2506 del Código civil argentino, que está todavía más enérgico y más significativo: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. Este texto se completa con el artículo 2542: “El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa...”. Estos textos –añade- señalan bien lo que tiene de absoluto, de exclusivo, la propiedad-derecho en las concepciones civilistas. Es la manifestación por excelencia de la autonomía de la voluntad humana, de la soberanía del individuo, como el poder legislativo es la manifestación por excelencia de la soberanía del Estado. *Dominium* e *imperium* son, por lo demás, dos conceptos jurídicos que tienen el mismo origen y que se

Esa perspectiva de la propiedad privada como poder o derecho absoluto o ilimitado de su titular no ha existido, sin embargo, nunca, ni en el Derecho romano –según lo dicho antes (nota 83)-, ni en el Estado liberal de Derecho. Respecto a éste, porque, primero, en la concepción liberal, por definición, ningún derecho subjetivo, ni por ende el de propiedad privada, es ilimitado, ya que la primera cuestión que trata de resolver esta forma de Estado es la de garantizar el ejercicio de los respectivos derechos por todos y cada uno de sus ciudadanos en un orden de igualdad jurídica; por lo cual cada uno de éstos tendrá como límite de su derecho –así, el de propiedad- el de los demás –propietarios-, para hacer posible la concurrencia de todos y, en definitiva, la convivencia en comunidad⁸⁶. La concepción liberal vino a ser reforzada por el hecho revolucionario, con la abolición de la propiedad corporativa, que supuso que el ideal iba a ser el dominio concebido en utilidad individual.

En nuestro Derecho, el reflejo de esta concepción lo tenemos en el precepto del artículo 348 del Código Civil, si bien con una importante corrección respecto del modelo francés⁸⁷, ya que aquél determina como salvedad de las facultades de goce y disposición del propietario de la cosa, las limitaciones establecidas por las leyes; precisamente, para hacer posible el ejercicio concurrencial de los derechos de todos los propietarios, y como manifestación específica de esto, el régimen que el propio Código español establece de las relaciones de vecindad. Otra importante corrección de la concepción liberal e individualista de la propiedad privada que el Código Civil establece, se halla en la idea de que, dado que el ejercicio de este derecho debía efectuarse dentro de sus límites, también resulta proscrito el abuso del derecho⁸⁸.

desenvuelven a la par” (*Las transformaciones del Derecho Privado*, en *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, Edit. Comares, Granada, 2007, pág. 213; con referencia a la obra –cuyo texto incluye- *Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, traducción de C.G. Posada, Edit. Beltrán, Madrid, 1921). Remitimos asimismo a lo ya considerado respecto al contexto histórico, en el Capítulo Primero de este trabajo, epígrafe III.

⁸⁶ La Declaración de Derechos de 1789, en su art. 4, dice que los derechos naturales de cada hombre (entre los que se halla el de propiedad) no tendrán más limitaciones que las que aseguren a los otros miembros de la sociedad el ejercicio o disfrute de los mismos derechos.

⁸⁷ Art. 544 del Código de Napoleón, cit. literalmente por DUGUIT, en la nota 85, *supra*.

⁸⁸ Nuestro Código Civil recogía la figura del abuso del derecho en sus artículos 520 y 529, después generalizada y formulada al derecho de propiedad liberal por la doctrina (Josserand, Saleilles, etc.) y la jurisprudencia, para impedir que el ejercicio de los derechos pueda causar perjuicios a otros, individuales o sociales. En su redacción actual, el art. 7.2 CC establece, de modo general, que “la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo ...”. Lo cual, de alguna forma, conecta con la función social (así, DE JUAN ASENJO, O., considera que la doctrina del abuso de derecho se halla hoy implícitamente constitucionalizada en el seno de la función social: *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pág. 173 y s).

Si bien con estas correcciones, producidas ya durante la vigencia de la concepción liberal, habrá de ser en el siglo XX cuando, con el advenimiento del llamado Estado Social de Derecho⁸⁹ y a consecuencia de la crisis del Estado liberal, se formula y consolida la concepción de la llamada función social de la propiedad privada. Ha de reconocerse, sin embargo, que la flexible definición de que de este derecho contiene el citado precepto del Código Civil, conjugando facultades y limitaciones, ya impedía, en rigor de verdad, caracterizar y calificar a la propiedad privada como un derecho absoluto o ilimitado; más aún, sigue siendo válido⁹⁰, dentro de su concepción de las “limitaciones”, aunque éstas hayan sido desbordadas hoy por la mayor amplitud que supone, como vamos a ver, la función social de la propiedad privada, a cuyas bases constitucionales ya se ha hecho referencia en los capítulos precedentes, y a cuya significación en la actual concepción estatutaria del derecho a que afecta, vamos a referirnos en este.

II. FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La función social de este derecho ha de situarse, pues, en el marco del llamado Estado Social de Derecho, en el cual la propiedad privada de determinados bienes también está llamada a cumplir y realizar ciertos intereses generales definidos legalmente. Hay bienes de consumo o de uso necesario, esto es, que satisfacen de manera inmediata o directa necesidades individuales o familiares (por ejemplo, los de alimentación, de vestido, la vivienda, ...), que son necesidades vitales, en la medida que permiten a la persona mantenerse y llevar una vida digna, respecto a cuyos bienes la función social se realiza facilitando y promoviendo el acceso a la propiedad privada de este tipo de bienes. Respecto a esta clase de bienes, la función social, dice HERNÁNDEZ GIL, se realiza no como limitación de la propiedad privada, sino *a través de la propiedad*

⁸⁹ Véase lo expuesto en el Capítulo Primero, epígrafe IV.2, donde se cita la Constitución alemana de Weimar (1919), que como fruto del compromiso entre las fuerzas políticas –conservadora y socialista- mantiene el reconocimiento de la propiedad privada, pero bajo condición de servir asimismo a la sociedad.

⁹⁰ Con referencia al art. 348 del CC, dice HERNÁNDEZ GIL, A., que “eludió el legislador de 1889 el resabio individualista que hubiera supuesto referirse al carácter absoluto o la exclusividad del derecho, aunque pensara, cediendo a la ideología en boga, en el carácter excepcional de las limitaciones según lo revela el giro “sin más limitaciones que ...”. El transcurso del tiempo hace ver cómo se han contraído las facultades y multiplicado, respecto de ciertas clases de bienes, las limitaciones. El esquema, sin embargo, sigue siendo en gran medida válido. La prudencia en la dicción ha hecho posible que el progreso no haya desbordado la fórmula” (*La función social de la posesión*, Edit. Alianza, Madrid, 1969, pág. 172 y s). Véase asimismo la opinión de otros autores, *supra*, en la nota 26 del Capítulo Primero.

misma; lo que legitima la existencia de normas favorecedoras del acceso a la propiedad de ciertos bienes, o sea facilitando la condición de propietario (y cita como ejemplo, el de la vivienda)⁹¹. La *distinción* de estos bienes de consumo o de uso necesario y, por ello, generalizado, respecto de los *bienes de producción*, en cuanto fuentes de riqueza, permite situar *sensu proprio*, por la naturaleza de este tipo de bienes productivos –y entre ellos, la tierra o suelo-, y como dice el mismo autor, los bienes “señaladamente afectados por la función social” de su derecho de propiedad, entendida dicha función social como “una gestión económica no dependiente por modo exclusivo de la iniciativa privada y dirigida al bien colectivo”, o dicho de otra forma, su explotación o aprovechamiento económico realizado no solo en utilidad o interés particular del titular del dominio sino también en beneficio de la utilidad o interés general.

Actualmente, pensamos que, en clave constitucional, el reconocimiento que la CE hace en su artículo 33.1 del “derecho a la propiedad privada” y, por ende, a la de los bienes objeto de dominio engloba genéricamente a los bienes de una y otra naturaleza, a todo tipo de bienes apropiables y objeto de propiedad privada (entendida ésta, en abstracto, como institución), mientras que la función social a tener en cuenta en la delimitación legal de este derecho (art. 33.2), bajo el principio de reserva legal y con la garantía que respecto al legislador constituye el deber de respetar el contenido esencial del derecho, se refiere fundamentalmente y de forma señalada –no exclusiva- a la concepción estatutaria –regulación legal y reglamentaria- de los bienes de naturaleza productiva y en especial de los que constituyen objeto de la propiedad privada inmobiliaria.

A partir de esta inicial *diferenciación de la función social de la propiedad privada según el tipo de bienes* objeto de la misma, y en la cual se manifiestan de manera diversa los intereses generales a que se ordenan teleológica, jurídica y funcionalmente unos y otros, conviene dar un paso más centrando la atención respecto a los bienes de naturaleza productiva. La especial relevancia económica que este tipo de bienes tiene, determina que la función social de la propiedad privada se centre fundamentalmente en ellos. La legislación y la doctrina, cuando se refieren a la función social de la propiedad, aunque no lo expliciten, así parecen tomarlos como referencia cuasigenérica al apelar a

⁹¹ *Ob.cit.* en la nota anterior, pág. 172. En la pág. 174 reitera la idea recogida en el texto, diciendo que “también cumple la propiedad una función social cuando se facilita el acceso a ella de los bienes de uso *necesario*”. Asimismo, sobre la distinción entre unos y otros tipos de bienes objeto de propiedad privada, a efectos de la función social, BARNÉS VÁZQUEZ, J.: *La propiedad constitucional*, Edit. Cívitas, 1988, págs 77 a 80. En similar sentido, ESCRIBANO COLLADO, P. dice respecto a los bienes productivos, que la función social es “especialmente trascendente” en ellos, mientras que la función social de los bienes de consumo “se agota garantizando el acceso de todas las clases sociales a dichos bienes que satisfacen las necesidades elementales del individuo” (*La propiedad privada urbana*, Edit. Montecorvo, 1979, pág. 129 y s).

criterios económicos como el de explotación y productividad de los bienes. Así, el rendimiento económico que pueda derivarse del bien –se dice- ha de contribuir al beneficio social, en la medida que el legislador determine⁹². Resulta lógico que la función social de la propiedad privada se centre en la que ha de cumplir la que tiene por objeto este tipo de bienes; aun cuando esto no ha de obviar que otra categoría de bienes, los de naturaleza consuntiva, también cumplan una función social, solo que ésta se agota en el goce y disfrute del bien por el propietario al satisfacer individualmente sus necesidades: el interés general que define la función social se satisface aquí “a través de la propiedad misma” -como dice HERNÁNDEZ GIL-, y como pone de manifiesto el hecho de que se trate de bienes de uso o consumo generalizado en la sociedad.

Existe, pues, un interés general o público que, en todo caso, fundamenta y da sentido a la función social del derecho de propiedad privada, aunque se manifieste de manera diversa atendiendo a la naturaleza del tipo de bienes que constituyen el objeto de este derecho. Más aún, la diversificación de la función social también se da especialmente respecto a los bienes de naturaleza productiva, ya que el criterio económico de la productividad de estos bienes varía de unos a otros. No es lo mismo realizar la explotación agraria o forestal de un suelo rústico que el uso y aprovechamiento urbanístico de un suelo urbano o urbanizable, como también es diferente el grado de afectación de la legislación medio-ambiental aplicable en su caso para la protección de los recursos naturales (suelo, aguas, montes, etc.). De aquí la multiplicidad y variabilidad de utilidades o funciones sociales con contenido económico o patrimonial de que son susceptibles las cosas o bienes, según su distinta naturaleza y propiedades⁹³, así como, en consecuencia, la diversidad de regímenes jurídicos de la propiedad privada y, por ende, del contenido de este derecho en facultades de uso, aprovechamiento y disposición de los bienes de que se trate, así como de la función social que supone la sujeción al interés

⁹² Así, BARNÉS VÁZQUEZ, J., *ob. cit.* en la nota anterior, pág. 55. Refiriéndose al fundamento o sentido de la función social, el mismo autor (pág. 54), dice que el adjetivo “social”, lejos de ser un mero adorno, goza de una enorme relevancia jurídica, en el sentido de consagrar con claridad –al conectarse con otros preceptos constitucionales- que lo económico (productividad) está al servicio de lo social, esto es, el beneficio o renta económica que, en sus diversas formas, pueda obtener el titular dominical no representan el fin del derecho de propiedad, sino que, por el contrario, constituye un mero *instrumento* para alcanzar la verdadera función social que se le ha encomendado.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A., considera que el ámbito objetivo de la función social viene determinado por la trascendencia económico-social de los bienes objeto del derecho de propiedad, fundamentalmente aquellos destinados a una actividad productiva o son sustento de ella (en *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, dir. Monereo Pérez *et alii*, Edit. Comares, Granada, 2002, pág. 269 y s); afirmación que hace siguiendo a S. RODOTÁ, y que ha devenido tópica en la doctrina, dice el autor español.

⁹³ PAREJO ALFONSO, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Edit. Ariel, Barcelona, 1992, pág. 261.

general de este derecho en la medida legalmente fijada por el estatuto jurídico correspondiente. Multiplicidad, pues, de regímenes jurídicos estatutarios de la propiedad privada, así como de funciones sociales respectivamente fijadas en cada uno de aquéllos. La institución unitaria de la propiedad privada (art. 33.1) se fragmenta o diversifica así en una pluralidad de regulaciones o estatutos jurídicos aplicables a las distintas “propiedades”⁹⁴, atendiendo a la naturaleza de las cosas o bienes objeto de éstas y a la función que, en beneficio o interés de la sociedad, asimismo hayan de cumplir cada una de ellas.

El *alcance* de la función social será, en definitiva, *diferente* no solo atendiendo al tipo o categoría de bien, sino también a la mayor o menor restricción que a la utilidad o interés individual del propietario y a su derecho de dominio imponga la regulación legal estatutaria aplicable (dentro de ciertos límites que, como garantía constitucional, se imponen al legislador estatal y autonómico, como se ha examinado en el precedente capítulo). La restricción que, en todo caso, supone la función social de la propiedad privada –de su contenido- se justificará –y será diferente-, por lo tanto, y para concluir este punto, en razón de los intereses sociales tomados en consideración por el legislador estatutario⁹⁵. Por lo demás, pese a la ambigüedad del concepto de función social, la referencia a estos tipos de intereses generales o sociales a que la propiedad privada viene sujeta no son fines puramente abstractos, sino que tienen fundamento constitucional (especialmente y sobre la base de los artículos 1.1 CE, en la referencia que hace al Estado Social de Derecho, y 33.2, además en los artículos 9.2; 10.1; 128.1; y en general, en el capítulo Tercero del Título I, especialmente en las materias comprendidas en los artículos 40.1 y 45 a 47 de la Constitución Española)⁹⁶.

III. POSICIONES DOCTRINALES RELATIVAS A LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La doctrina científica adopta diferentes y contrapuestas posiciones respecto a la función social de la propiedad privada y concretamente a cómo incide en este derecho: así, mientras que un sector doctrinal considera que la propiedad privada ha experimentado, en el marco del Estado Social de Derecho, una profunda transformación al penetrar en el contenido de aquélla la

⁹⁴ Sobre esta expresión, utilizada por la doctrina cuando se refiere a la diversificación de regímenes estatutarios de la propiedad, véase lo dicho en el capítulo anterior (apartado 1 y nota 30).

⁹⁵ Sobre el alcance normativo de la función social en relación con la propiedad privada y su contenido, a cuya delimitación legal se refiere conforme al artículo 33.2 de la Constitución española, remitimos a lo que ya queda expuesto en el capítulo precedente.

⁹⁶ *Vid.* en este sentido, J. BARNÉS, *ob. cit. La propiedad constitucional ...*, pág. 70 y sgts.

función social, otro sector de la doctrina considera que el derecho de propiedad privada no pierde su propia naturaleza de derecho subjetivo porque la función social opera respecto a ella como un límite o restricción externa. La primera posición es la mantenida sobre todo por la doctrina iuspublicista y la segunda por la civilística; sin que falten posiciones intermedias matizando a una y a otra en determinados aspectos.

La cuestión que básicamente plantea la función social respecto a la propiedad privada es, así pues, la de si la función social se integra en ésta formando parte de su contenido (que quedaría compuesto no solo por las facultades dominicales, sino también por obligaciones impuestas por razón de interés general), o si puede seguir siendo considerada la propiedad privada como un tipo de derecho subjetivo, lo que supone la existencia y protección jurídica del interés individual o privado del propietario, cuyo derecho le faculta para gozar y disponer de la cosa sin perjuicio de su definición como tal derecho y de las limitaciones legalmente establecidas y que, como tales, vienen a restringir su contenido. Entre una y otra de estas posiciones contrapuestas se mueve fundamentalmente, como vamos a ver, el debate doctrinal; posiciones a las que no son ajenas, sin embargo, en el fondo, determinadas concepciones ideológicas, que siguen siendo básicamente las que originariamente determinan la formulación, por vía de compromiso, de la función social de la propiedad privada.

1. Doctrina que integra la función social de la propiedad privada en el contenido de este derecho: la propiedad-función jurídica (derecho-deber, derecho-función)

En esta concepción doctrinal se sitúa, ya a principios del siglo XX, LEÓN DUGUIT, iuspublicista francés de la llamada Escuela de Burdeos, que de modo radical y paladinamente afirmaba que “la propiedad no es un derecho, es una función social”⁹⁷, negando así la definición de la propiedad privada como derecho subjetivo, por entender que la concepción liberal e individualista del dominio es insostenible, desde la concepción positivista y socialista propia del autor francés. De forma menos radical, pero en análogo sentido, otro iuspublicista de la misma época, alemán éste, O. GIERKE consideraba la “función social en el Derecho Privado” y afirmaba como principio el de que “no hay derecho sin deber [y que] por eso las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad privada no vienen impuestas por un orden externo sino que nacen de su misma esencia”⁹⁸.

⁹⁷ *Vid.* en el Capítulo Primero, su epígrafe III y la nota 9.

⁹⁸ La incorporación del deber al derecho se plasmará en la expresión “la propiedad obliga”, utilizada por la Constitución de Weimar (LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Comentarios a la ...*, pág. 252).

La constitucionalización de la función social de la propiedad, a partir de 1919 (Constitución alemana de Weimar), mantiene viva la cuestión, que llega hasta hoy, especialmente en la doctrina italiana (S. RODOTÁ⁹⁹, sobre todo) y, por su influjo, en la española. En ésta, defienden la tesis de considerar que la función social es un elemento estructural e interno de la propiedad privada, en la doctrina iuspublicista, LEGUINA VILLA, citado en el capítulo anterior, nota 45), así como GARRIDO FALLA (para quien la función social se ha “consustancializado”¹⁰⁰), DE LA CUÉTARA¹⁰¹, y MUÑOZ GUIJOSA (para quien la función social es un elemento “estructural” del derecho de propiedad)¹⁰², entre otros, aunque sin explicitar ni desarrollar tales afirmaciones.

En la doctrina civilista, MONTES PENADÉS mantiene una posición según la cual, si bien considera que la propiedad no ha dejado de ser un derecho subjetivo, su ejercicio ha de ser coordinado con los intereses de la comunidad, y a este respecto considera que la protección o la tutela jurídica de la propiedad viene condicionada y subordinada a la satisfacción de la utilidad social, afirmando así en definitiva que el dominio tiene un carácter social, porque la propiedad privada no tiene garantizado un contenido predeterminado, que también da la función social¹⁰³.

En similar sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo (sobre la Ley 8/1984, de reforma agraria de Andalucía), cuando expresa que la función social es “elemento estructural de la definición misma del derecho de propiedad privada” o “factor determinante de la delimitación legal de su contenido”, con referencia a la Constitución (art. 33.2), y que si bien ésta “reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada

Véase, asimismo, sobre la doctrina francesa y alemana, como también italiana (E. Cimballi y E. Gianturco), COLINA GAREA, R., *La función social ...* (pág. 178 y s).

⁹⁹ *Il terribile diritto. Studio sulla proprietà privata*, Bologna, 1981 (traducido al castellano por L. Díez-Picazo y publicado por Edit. Cívitas, 1986).

¹⁰⁰ *Comentarios a la Constitución*, Edit. Cívitas, 3ª edición, 2001, comentario al art. 33.1 CE.

¹⁰¹ *La actividad de la Administración*, Edit. Tecnos, 1983, pág. 458 y s.

¹⁰² *El derecho de propiedad del suelo: De la Constitución a la Ordenación urbana*, Edit. Cívitas-Thomson, 2009 (pág. 126 y ss).

¹⁰³ Véase lo expuesto respecto a la posición de este último autor, en el Capítulo precedente, en cuanto al contenido esencial del derecho de propiedad, el apartado II.1,B); con referencia a la bibliografía de este autor, así como a la de LÓPEZ Y LÓPEZ, allí a pié de página.

categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir". Concepción ésta que la propia sentencia llega a referir al "contenido esencial" de la propiedad privada, que según esto incluiría a la función social "entendida –dice- 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"¹⁰⁴.

En el mismo sentido que esta sentencia constitucional, que cita, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en sentencia de 20 de diciembre de 2005, dice que la función social de la propiedad "configura el contenido del derecho como un haz de facultades y, al mismo tiempo, un conjunto de deberes".

En definitiva, pues, la función social de la propiedad privada, según esta concepción, integra en su contenido no solo la protección jurídica del interés individual o particular del titular del dominio (derecho), sino también la utilidad o interés general de la comunidad que éste debe cumplir (función social). La propiedad privada constituiría, según esto, desde su propia estructura y contenido, más bien que un derecho propiamente, una función jurídica o, dicho de otro modo, una situación jurídica mixta, es decir, a la vez activa o de poder jurídico (derecho subjetivo) y pasiva u obligacional (deber). El dominio del propietario sobre la cosa recibe, en consecuencia, la protección del ordenamiento pero siempre y cuando el bien se utilice de conformidad con el interés o utilidad social considerado preferente, en el sentido determinado por la ley y sus normas de desarrollo.

2. Doctrina que considera a la función social como limitativa o restrictiva del derecho de propiedad privada, aunque variable según la intensidad de dicha función, y que especialmente opera respecto a la propiedad de bienes productivos

La mayoría de la doctrina, sobre todo la civilista –especialmente renuente a la idea de la propiedad función-, entiende, no obstante, que la constitucionalización de la función social de la propiedad privada no supone privar a este derecho subjetivo de su propia naturaleza, que le es inherente

¹⁰⁴ El Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, del órgano de gobierno de Andalucía, adopta una serie de "medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda", que fundamenta, en su EM-I, en que esta función "no es un límite externo a su definición o a su ejercicio, sino una parte integrante del derecho mismo" y que "utilidad individual y función social, por tanto, componen de forma inseparable el contenido del derecho de propiedad", recogiendo así estas afirmaciones que toma, aunque sin citarla, de la s. TC 37/1987. Entre esas medidas se incluyen la mediación administrativa en el arrendamiento de viviendas deshabitadas (art. 44) y la declaración de interés social a efectos expropiatorios del uso de viviendas para "personas en especiales circunstancias de emergencia social", así de personas incursas en procesos de desahucio por ejecución hipotecaria, por un plazo máximo de tres años desde la fecha de lanzamiento acordado por el órgano judicial (Disp. Adicional Segunda).

como tal derecho. La propiedad “privada”, en cuanto tal, no es una función social, sino un derecho subjetivo privado, otorgado a su titular, para satisfacer sus propios intereses privados, aunque en el *ejercicio* de este derecho venga obligado en su caso –cuando la ley lo establece- a cumplir o realizar una determinada función social, de conformidad ésta con la legislación aplicable al tipo o clase de bien objeto del propio derecho.

En la doctrina civilista cabe citar, en este sentido, entre otros autores, a ALBALADEJO, que considera que “la propiedad no es una función social, en el sentido de que se otorgue [a su titular] el poder sobre la cosa para que, mediante su adecuado uso, se desempeñe dicha función en beneficio de la comunidad. La propiedad, al menos en nuestro Derecho –dice-, es un derecho subjetivo privado otorgado a su titular para la satisfacción de intereses suyos dignos de protección jurídica”¹⁰⁵. Asimismo, DE LOS MOZOS, para quien la función social incide no tanto en la definición del concepto de dominio, cuanto en la determinación o fijación de sus límites, según la interpretación del artículo 33.2 de la Constitución, atendida su *ratio iuris* dentro del sistema constitucional, ya que la propiedad privada ya existía antes de la vigente CE, que la reconoce y garantiza; la existencia de limitaciones no supone que el concepto de propiedad varíe su esencia ni, por lo tanto, que deje de ser un derecho subjetivo, ya que aquéllas responden al criterio de solidaridad social, en que se traduce la idea de función social de la propiedad¹⁰⁶.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN consideran que, respecto a la función social de la propiedad, son las leyes las que han de establecer los límites de la extensión e intensidad de las facultades del dominio, así como las obligaciones, deberes y cargas que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras del bien común, aunque consideran que los límites de la propiedad no son sólo las compresiones exteriores del derecho, ya que también pueden actuar internamente, en su núcleo de facultades¹⁰⁷; estableciendo “límites a su extensión e intensidad”, esto es, delimitando el contenido del derecho.

LASARTE ÁLVAREZ considera que la función social de la propiedad privada, acogida en el artículo 33.2 de nuestra Constitución es –genéricamente considerada- un concepto jurídico indeterminado que pretende adecuar la titularidad dominical a las exigencias sociales, aunque como no cabe predicar la existencia de una función social de carácter unitario, aplicable al régimen

¹⁰⁵ *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, vol. I, Edit. Bosch, 6ª edición, Barcelona, 1989 (pág. 251).

¹⁰⁶ “El derecho de propiedad y la Constitución de 1978”, en el volumen colectivo *Propiedad, Urbanismo, Derecho Comunitario Europeo y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1986 (págs. 201, 207 y 229 y s).

¹⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, L, y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, III*, Edit. Tecnos, 7ª edición, 2005 (pág. 142).

jurídico de todos los bienes susceptibles de apropiación privada, el mismo precepto constitucional remite a la legislación ordinaria para que sea ésta la que delimite el contenido de la propiedad privada conforme a la función social, según la naturaleza de los distintos grupos de bienes, ya que no todas las categorías de bienes tienen la misma significación social e importancia económica¹⁰⁸.

Por su parte, COLINA GAREA considera que la naturaleza del derecho subjetivo de la propiedad privada no puede ser puesta en duda y que la evolución en sentido social de este derecho patrimonial paradigmático, puede ser considerado en la actualidad como un poder jurídico ejercitable en libertad, aunque limitado por las tendencias de tipo social que presiden nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁹.

En la doctrina iuspublicista –especialmente la más significativa a propósito de la función social de la propiedad privada, dada la instrumentación jurídica por normas de Derecho Público de la intervención pública y administrativa respecto a los supuestos y técnicas de aplicación de la propia función social-, cabe citar entre otros a los autores siguientes. Ante todo a GARCÍA DE ENTERRÍA, que sobre la base del texto constitucional (art. 33) y del reconocimiento del derecho de propiedad y de la reserva legal de este derecho que, como garantía, establece, considera respecto a la *delimitación* de su contenido y de la función social, no sólo que ésta presupone la propiedad privada como derecho subjetivo, sino que la propia delimitación legal de este prototipo de derecho patrimonial, según su función social, es –dice- “siempre restrictiva para el propietario”¹¹⁰. Limitativa por lo tanto del derecho de propiedad y, por ende, de las facultades que integran el contenido de este derecho, aunque en diferente grado de intensidad según el estatuto de la propiedad de determinados tipos de bienes.

BARNÉS VÁZQUEZ, por su parte, en su estudio de *La propiedad constitucional*¹¹¹, distingue el derecho “a” la propiedad, que califica como “primario” –en cuanto permite como principio el acceso de todos los ciudadanos a los diversos bienes-, del derecho “de” propiedad privada en particular, que califica de “derivado”, y que, en cuanto tal, presupone a aquél. La accesibilidad característica del primero representa –dice- una fusión del interés particular con la función social, que se identifican, como garantía

¹⁰⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, IV, Edit. Trivium, 198, pág. 103.

¹⁰⁹ *La función social ...*, pág. 192 y s. Posición, la de este autor, que no parece claramente definida en este sentido si se tiene en cuenta lo expuesto *supra* (véase el texto y la nota 43 del capítulo anterior).

¹¹⁰ “La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos...”; *ob. cit.*, pág. 3042).

¹¹¹ Edit. Cívitas, Madrid, 1988 (esp. en las págs 56 a 87).

patrimonial de las libertades individuales y sociales (“aprovechamiento patrimonial difusivo”, desde una perspectiva ético-política, que conecta con la participación ciudadana en la vida económica: art. 9.2, y que halla su fundamento en el art. 33.1, ambos de la Constitución). Ahora bien, como derecho “derivado”, la propiedad privada cumple la función social en los diversos estatutos legales que lo delimitan y conforman según la propia Constitución (art. 33.2); diversificando así el régimen jurídico unitario y general que, como común denominador representa “la propiedad” (institución), en diferentes regímenes estatutarios dominicales y de la función social referida al derecho de propiedad privada, sea urbano, rústico, agrario, forestal, por ejemplo.

La función social de la propiedad incide, pues, en este prototípico derecho civil patrimonial, en diversos planos, desde el inicial e institucional que supone la posibilidad de apropiación privada de bienes de cualquier clase –no de dominio público- susceptibles de aprovechamiento particular, bien sean de consumo o uso necesario o bien de naturaleza productiva, hasta el plano más operativo, en el que, respecto a estos últimos, es donde la función social reviste una especial transcendencia jurídico-positiva. La posibilidad abierta a toda persona de *acceder* a la propiedad de bienes supone en todo caso el que esta posibilidad se concrete de manera efectiva y real en la titularidad de un derecho subjetivo de dominio, que faculte al titular propietario de la cosa para el goce y disposición de la misma. La especial intensidad que, en el plano jurídico positivo, la función social tiene para la comunidad, de la propiedad privada de bienes productivos y, sobre todo, de la propiedad inmueble -aunque variable según su respectivo estatuto legal-, los diferencia *ab initio* por su objeto, de la propiedad recayente sobre bienes consuntivos o de uso necesario cuyo aprovechamiento *ut dominus*, se hace directamente (para satisfacer con ellos necesidades individuales, como los de alimentación, vestido o vivienda), viene a identificarse con la función social que, por sí misma, cumple la propiedad de estos bienes, en razón de la conveniencia *social* de su difusión a *todos* los ciudadanos por exigencia de una vida humana de calidad y digna, según se ha considerado antes.

3. Posición que se mantiene sobre la función social de la propiedad privada

La diversidad de tipos o categorías de bienes susceptibles de ser objeto de apropiación y dominio impide, a nuestro modo de ver, hacer una atribución genérica a la propiedad privada como tipo de derecho subjetivo, abstractamente considerado, de la función social. Esta función es jurídicamente un concepto indeterminado que, dada la diversidad de categorías o grupos de bienes objeto de propiedad, no cabe establecer de forma general para atribuirla, asimismo en abstracto, al instituto jurídico del dominio. Por ello, y aun cuando se hable

genéricamente de la “función social de la propiedad privada”, en rigor técnico-jurídico, y como dice el profesor LASARTE, antes citado, no cabe predicar la existencia de una función social, de este tipo de derecho subjetivo, de carácter unitario, aplicable a todos los bienes de propiedad privada.

Esta posición es la que tiene, además, en opinión de la que suscribe, respaldo en nuestra Constitución, en cuanto vincula la función social, no a la institución del dominio o propiedad privada –que como derecho “reconoce” (art. 33.1) y que como tal es una institución preexistente a la propia Constitución-, sino a la regulación que corresponde hacer al legislador ordinario –estatal o/y autonómico- al *delimitar* (art. 33.2), esto es al fijar límites al contenido del derecho de propiedad privada; lo que remite y vincula la función social que este derecho ha de cumplir, respecto a determinadas materias específicas, como es por ejemplo la propiedad privada del suelo, que dependiendo de la clase o categoría de éste, urbano o rústico, y de su respectivo y específico régimen jurídico, determina que el dominio tenga un distinto contenido jurídico de uso y aprovechamiento (urbanístico el primero, agrario o forestal el segundo), así como de los actos de disposición por el propietario.

Así pues, en rigor técnico-jurídico, la función social de la propiedad se diversifica, como este derecho mismo, en una pluralidad de regímenes jurídicos y funciones de utilidad social; resultando así una multiplicidad y variabilidad de las utilidades o funciones sociales –como dice L. PAREJO¹¹²- con contenido económico o patrimonial de que las cosas o bienes son susceptibles según su naturaleza y características propias.

Por otra parte, respecto a la polémica cuestión de si la función social forma o no parte integrante del contenido de la propiedad privada, consideramos que de ésta sólo forman parte las facultades de uso, disfrute y disposición del titular dominical, que esencialmente componen este tipo de derecho subjetivo, para proteger el interés particular del propietario. De lo expuesto cabe deducir, a nuestro modo de ver y como corolario, que la función social no forma parte del contenido esencial de la propiedad privada en abstracto, esto es, como concepto unitario y general (propiedad-institución), como tampoco del contenido normal que el régimen estatutario de determinadas categorías o grupos de bienes establece para cada uno de ellos, por las siguientes razones:

- En primer lugar y en lo más sustancial, porque la propiedad privada, en cuanto tal, protege o tutela en Derecho un determinado tipo de intereses, que obviamente son los particulares propios del titular del “derecho”, por lo tanto intereses o utilidades privadas (como el propio derecho al que califica), sean individuales o comunes a varias personas particulares. Integrar en la propiedad “privada” otro tipo de intereses, los generales de la comunidad, supone por ello desnaturalizar desde su propia esencia y raíz el propio derecho de dominio.

¹¹² Véase la nota 25 en el capítulo primero.

A ambos tipos de intereses, esto es, el interés particular del propietario y el interés general de la colectividad a que responde la función social de la propiedad privada (a cuya delimitación se refiere la Constitución, *ex* artículo 33.2), y cuyo régimen jurídico trata de solucionar el conflicto entre ambos tipos de intereses, considera la sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 1991, que tal conflicto las leyes reguladoras de la propiedad han de solventar, conforme al precepto constitucional citado.

- Si a esto se añade el que, desde la perspectiva técnico-jurídica, el derecho subjetivo como tal es, por definición, un determinado tipo de situación jurídica activa o de poder jurídico, en el caso del derecho de propiedad sobre una cosa, la inclusión en el contenido de la propiedad privada de otro tipo de situaciones jurídicas obligacionales (deberes, cargas, etc.), para satisfacer otro tipo de interés o utilidad, cual es la utilidad o interés general, a que la función social se refiere, no solo desnaturaliza el derecho subjetivo como tal, sino que incluso conceptualmente pierde su significación propia, al devenir en otro tipo distinto de situación jurídica, mixta o compleja, hecha de facultades (privadas) y de deberes (públicos) simultáneamente: en definitiva, que la propiedad privada constituiría una función jurídica, de naturaleza y contenido complejo (privado y público), no propiamente un derecho subjetivo.

- Pero es que, además, cabe preguntarse: ¿es necesario afirmar que la función social (deberes, cargas, etc., en interés general) forma parte del contenido sustantivo del derecho de dominio? Siendo así que el *resultado* jurídico a que se llegaría -sin necesidad de integrar en el derecho (?) ese *plus* relativo a la función social-, sería el mismo incluso a *efectos* jurídicos y operativos, no solo de la validez jurídica normativa de las restricciones que esta función comporta, sino también de su eficacia jurídica, supuesta la *exigencia de cumplimiento, en todo caso, de los deberes y cargas legalmente impuestos* en razón de esa función social, por el régimen estatutario aplicable en cada caso, cabe preguntarse: qué sentido y trascendencia jurídica tiene la cuestión referente a si la función social forma o no parte del contenido del derecho de propiedad¹¹³. Se trata, pues, a nuestro juicio, de una polémica estéril. La Ley es el título jurídico que condicionará, a nuestro modo de ver la cuestión, el *ejercicio* del derecho de dominio, en cuanto que no podría ejercitarse y realizarse, pongamos por caso, la posibilidad o facultad de edificar en un terreno en tanto que su dueño –o superficiario, o usufructuario- no haya cumplido los deberes y cargas (públicas)

¹¹³ Al estudiar la función social de la propiedad y con referencia al ámbito *civil*, es decir en su función interprivada, dice CARRASCO PERERA, Á., que en las relaciones horizontales entre particulares, es indiferente que los límites derivados de la función social de la propiedad se conciban como un elemento interno del dominio o que se consideren como una limitación externa al ejercicio del derecho (*Relaciones Cíviles con Contenido Urbanístico*, Edit. Aranzadi, 1999, pág. 60 y s). Consideración que, a nuestro juicio, cabe hacer extensiva al ámbito jurídico-público, en razón de la especial obligatoriedad y coactividad de las normas en este ámbito.

que, en interés general, imponga la legislación sectorial en la materia (urbanística, en este caso).

Avala, a nuestro juicio, esta consideración el texto constitucional (artículo 53.1), cuando, además de obligar a los poderes públicos –incluido el legislador– a respetar el contenido esencial del derecho, refiere explícitamente a su *ejercicio*, la regulación de los derechos incluidos en dicho precepto, entre los que figura el de propiedad privada (artículo 33 CE).

En definitiva, pues, considero que, además de alterar la naturaleza que como tipo característico de derecho subjetivo tiene la propiedad privada –y su protección constitucional–, carece también –en rigor– de trascendencia jurídica el tratar de situar dentro de la estructura y contenido del derecho de propiedad privada para explicar esa serie de situaciones jurídicas –obligacionales– propias de la función social, dada la eficacia y fuerza obligatoria general que la legalidad tiene (máxime tratándose de una legalidad imperativa, no dispositiva, en cuanto jurídico-pública). La cuestión planteada nos parece que, por todo ello, no solo excede de la naturaleza y contenido propios del dominio, sino que en la práctica nada resuelve, más bien confunde sin necesidad, y que responde más bien a la carga ideológica y de compromiso que comporta desde su origen histórico, entre la concepción política liberal individualista y la socialdemócrata entonces emergente, a que antes se ha hecho referencia.

IV. INSTRUMENTACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

Examinada hasta aquí la significación y fundamento que, en el marco del Estado Social de Derecho, tiene la función social del derecho de propiedad privada, así como la diversidad de concepciones formuladas en la doctrina respecto a la naturaleza de esa función (ordenada a cumplir intereses generales) respecto al contenido del derecho de propiedad (que, como tal derecho, se ordena a proteger directamente los intereses individuales o particulares del dueño de la cosa), es asimismo necesario considerar *cómo* se instrumenta y hace legalmente operativa la función social, que este derecho civil ha de cumplir, en determinados supuestos y “de acuerdo con las leyes” (art. 33.2 CE). A este objeto, se considera preciso de modo previo hacer algunas puntualizaciones respecto al modo o manera como se proyecta técnicamente sobre la propiedad privada esa función social, no solo en el tradicional ámbito jurídico civil o privado sino también en el orden jurídico-público, que es donde más extensa e intensamente viene limitada y “funcionalizada”, por razones de interés general y público, la propiedad privada.

En cualquier caso, la limitación o restricción impuesta a este derecho -y, por consiguiente, al tipo de interés que protege-, requiere como es bien sabido de cobertura legal, conforme al precepto fundamental que acaba de citarse. Ya en el ámbito jurídico-*privado*, existen determinados supuestos legales, que el

Código Civil regula y que, bajo la denominación de “servidumbres legales”, establecen determinadas limitaciones –legales, por lo tanto- a los propietarios de fincas –y por razón de la situación de éstas-, para ordenar de manera recíproca las facultades de aquéllos. Son los supuestos conocidos tradicionalmente con la denominación de relaciones de vecindad y que agrupan las llamadas por dicho Código “servidumbres legales” de utilidad privada o “en interés de los particulares”, cuyo régimen el propio Código (art. 551) remite a la normativa contenida en el mismo, pero “sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana y rural” (esto es, a la normativa legal y reglamentaria que, en Derecho público, comprende la regulación legal y administrativa que hoy constituye el llamado Derecho Urbanístico y, aunque en menor medida, el Derecho Agrario). La *evolución* experimentada, pues, desde las clásicas “relaciones de vecindad” a la actual regulación urbanística de la propiedad del suelo urbano y del urbanizable, así como del suelo rural, ha traído consigo no sólo el aumento del bloque normativo aplicable en estas materias, sino también una diversificación de las técnicas jurídicas limitativas de la propiedad privada (inmobiliaria).

La función social de la propiedad privada se instrumenta primordialmente, sin embargo, en el ordenamiento jurídico actual, mediante regulaciones de Derecho público. No ha de extrañar por esto, que sea la doctrina iuspublicística la que ha dedicado específica atención, desde la perspectiva de la función social, a los diversos supuestos y técnicas jurídicas aplicadas en esta materia. No puede desconocerse, sin embargo, a este respecto y como punto de partida, no solo la utilización de conceptos de Teoría General del Derecho (tradicionalmente, vinculada a la Parte General del Derecho Civil, en cuanto tronco del Derecho común), sino también y de modo más concreto –quizá por ello- el que la inicial delimitación de los *supuestos*, que condicionan jurídicamente las *técnicas* o modos de operar aplicados, haya procedido de la doctrina civilista.

Así, en la española –con referencia a la doctrina italiana (S. RODOTÁ)¹¹⁴-, se compendian una serie de técnicas operativas, asumidas en la doctrina civilista por LÓPEZ Y LÓPEZ, MONTES PENADÉS y MEDINA DE LEMUS¹¹⁵, entre otros. Son las siguientes:

¹¹⁴ “Note critiche sulla proprietà privata”, en *Revista trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, Anno XIV, 1960, pág. 1212 y s; que reproduce en *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, traducción española de DÍEZ-PICAZO, Edit. Cívitas, 1986, pág. 238.

¹¹⁵ LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Comentarios a la ...*, pág. 269; MONTES PENADÉS, V.L., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. I, Edit. Edersa, Madrid, 1990, pág. 192. MEDINA DE LEMUS, M: *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Centro de Estudios Registrales), 1995, pág. 53 y s. Asimismo, PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derecho Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Edit. Tecnos, 1984, pág. 432.

a) *Falta de atribución al propietario de determinadas facultades*, que suponen reducción del *contenido* de la propiedad, hecha con carácter general y definitivo en relación con los poderes del sujeto sobre una categoría de bienes.

b) *Establecimiento de un conjunto de condiciones*, variables según los supuestos, para el *ejercicio* de las facultades atribuidas.

c) *Fijación de obligaciones y cargas* que se imponen legalmente al *ejercicio* del poder del propietario y que pueden determinar la pérdida de la titularidad o recortes en el ejercicio de las facultades nucleadas en el derecho.

El primer supuesto (a) afecta al contenido en facultades del derecho de propiedad privada, cuya delimitación teniendo en cuenta la función social de este derecho corresponde hacer a la ley, bajo el principio de reserva de ley relativa y, por lo tanto, de modo general, dado este tipo de cobertura jurídico-normativa que nuestra Constitución establece (artículo 33.2) y con el *límite* del “contenido esencial” que el legislador en todo caso ha de respetar (artículo 53.1), según se ha considerado en el precedente capítulo.

Los dos supuestos restantes (b y c), y por consiguiente sus técnicas jurídicas instrumentales, ya se trate de fijar y establecer condiciones –*conditio iuris*- o ya de establecer obligaciones y cargas, que se refieren en cualquier caso al *ejercicio* del derecho de propiedad privada que se lleve a cabo por el titular de este derecho; supuestos ambos que, en cuanto restrictivos o limitativos asimismo del derecho, en su ejercicio, han de ser objeto de regulación legal y tener por ello cobertura jurídica en norma con rango de ley formal (art. 53.1 CE), ley que ha de anteceder en todo caso -tratándose como se trata de restricciones del derecho, si bien fundadas en la función social-, a la normativa administrativa de rango subordinado (reglamentos, planes, etc.). Dos observaciones han de hacerse, sin embargo, en estos supuestos: una, que el condicionamiento del ejercicio del derecho presupone, lógicamente, la existencia de éste, por lo que los requisitos y deberes que en su caso se impongan no pueden condicionar el nacimiento o adquisición de alguna de las facultades del contenido propio del dominio; así como que ni siquiera las restricciones del ejercicio que a este derecho se impongan lleguen a hacerlo irreconocible como tal derecho¹¹⁶.

A partir de estas consideraciones, parece llegado el momento de referirse con algún detalle a las diversas técnicas jurídicas de instrumentación de la función social legalmente operante sobre el derecho de propiedad privada.

¹¹⁶ *Vid.* las consideraciones que, a este respecto, hace MEDINA DE LEMUS, en el libro citado en la nota anterior (págs. 54 a 56). LASARTE, C., se refiere a la distinción de dos “momentos” del derecho (al decir de A. DE VITA), un “momento estático”, referido al derecho en su titularidad, y el “momento dinámico”, representado por el efectivo *ejercicio* del derecho, en el que la limitación se configura como externa y no consustancial al derecho de propiedad, elástico por naturaleza y cuya esencia, por tanto, no resulta afectada (*Principios de Derecho Civil*, IV, Edit. Trivium, 1998, pág. 65).

1. De las clásicas “limitaciones establecidas en las leyes” a la fijación de “límites” para definir el contorno perimetral del derecho de propiedad privada y, de este modo, el alcance de las facultades integrantes del contenido de este derecho

Más atrás, en los precedentes capítulos, se ha hecho referencia – implícitamente al menos- a la evolución histórica que ha experimentado la propiedad privada, desde la concepción ideológica liberal, en cuyo contexto se promulga nuestro Código Civil de 1889, a la ulterior incidencia que con la evolución del Estado de Derecho hacia el actual Estado Social, trae consigo la formulación de la llamada función social que la propiedad privada también ha de cumplir en beneficio, no solo de los intereses particulares y propios del dueño –jurídicamente protegidos por el Derecho-, sino también –por virtud de la función social- en pro de determinados intereses o utilidades sociales. En el contexto, pues, de esta evolución, y como expresión del cambio operado en este sentido sobre el derecho de propiedad, tenemos dos hitos bien significativos de la transformación experimentada: primero, el precepto legal definitorio de este tipo de derecho subjetivo, esto es, el artículo 348 del Código Civil, y después, el precepto de la actual Constitución española contenido en su artículo 33. El primero, tras definir el derecho de propiedad atendiendo a las facultades que genérica y esencialmente integran su contenido, fijándolo en función de la utilidad o interés individual de su titular, establece -como salvedad a la libre decisión del dueño sobre la cosa-, “las limitaciones establecidas en las leyes”; mientras que el precepto citado del vigente texto constitucional, también alude a la “función social” que este derecho ha de cumplir conforme a la “delimitación” que se establezca legalmente (“de acuerdo con las leyes”, dice el apartado 2, en su inciso final).

Se pasa así, de este modo, de las tradicionales “limitaciones” a los “límites” que suponen la tarea encomendada al legislador para realizar esa “delimitación” o fijación del contorno o perímetro del contenido del derecho de propiedad, sobre el que ha de incidir la función social y especialmente la de determinados tipos de bienes (como se ha indicado antes). En el contexto liberal propio de la época, esas clásicas “limitaciones” legales, como tales establecidas y reguladas con carácter general, venían también caracterizadas como restricciones de carácter negativo, en cuanto imponían ciertas obligaciones de no hacer (*non faciendo*) o de soportar (*pati*)¹¹⁷. La incidencia de estas

¹¹⁷ La mayor parte de las limitaciones legales de la propiedad privada, que el Código Civil regula bajo la rúbrica impropia de “servidumbres legales” o impuestas por la ley (arts. 545 a 593), clasificadas a su vez en de interés privado unas (como la de medianería, luces y vistas, desagüe de edificios, etc.) y otras de interés o utilidad pública (regidas éstas por las leyes y reglamentos especiales que las determinan”, a que remite el art. 550 del CC, como fuente normativa principal que constituyen fundamentalmente las servidumbres administrativas). Las primeras regulan supuestos de las llamadas tradicionalmente relaciones de vecindad, entre

“limitaciones” en el derecho de propiedad operaban, se dice, desde el exterior del contenido del propio derecho, cuyas facultades venían a reducir o restringir, así, de modo excepcional o extraordinario, cuándo y en la medida en que lo hubiere establecido la “ley”. El concepto de “limitación” de la propiedad se distingue así, *sensu stricto*, del de “límite”, que hoy suele utilizarse para referirse más bien a la “delimitación” o determinación y configuración legal del derecho de propiedad, que parte de la doctrina viene a situar –a diferencia de las clásicas limitaciones-, como se ha indicado, en el interior del contenido de este derecho.

Los términos “limitación” y “límite” suelen utilizarse por la doctrina de manera indistinta¹¹⁸. Ahora bien, *sensu stricto*, el concepto de límite se utiliza, en sentido más propio, para definir los confines o fronteras que encierran el contenido normal estatutario del derecho de propiedad¹¹⁹. En este sentido, el concepto de límites, como técnica jurídica, se vincula a la “delimitación” legal y reglamentaria del contenido normal del derecho propiedad privada¹²⁰, al

fundos de distintos propietarios, por lo que son propias del Derecho Civil; mientras que las segundas constituyen fundamentalmente las llamadas servidumbres administrativas, en cuanto reguladas por normas de Derecho Público-Administrativo. Respecto a esta tipología y supuestos de limitaciones y servidumbres legales, de interés privado y de interés público, remitimos por no ser propia su consideración en este lugar, a cualquier manual o tratado de Derecho Civil (CASTÁN TOBEÑAS, LASARTE ÁLVAREZ, etc.) respecto a las primeras, y de Derecho Administrativo en cuanto a las segundas (así, CARRILLO DONAIRE: *Las servidumbres administrativas*, Lex Nova, 2003).

¹¹⁸ Así, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., en su *Derecho Civil Español, Común y Foral*, II, vol. 1, Edit. Reus, 1992, pág. 230 y ss. Asimismo, O’CALLAGHAN, J: *Compendio de Derecho Civil*, I, Edersa, pág. 60. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derechos Reales, Derecho Hipotecario*, I, Centro de Estudios Registrales, 1999, pág. 243, donde con referencia al art. 348 CC dice que los límites que definen el contenido normal del derecho de propiedad pueden seguir llamándose limitaciones legales. Explicando el carácter no absoluto del derecho de propiedad privada (como de todo derecho subjetivo), la doctrina distingue entre límites intrínsecos o directos, que la CE establece, y límites que actúan indirectamente o por intermediación de la ley, bien por remisión expresa de la Constitución o con base en el art. 53.1 CE (en conexión con el 33.2, respecto a la propiedad privada, *supra*, Cap. Primero, apartado V,2).

¹¹⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Comentarios a la ...*, pág. 270, donde los diferencia de las “limitaciones”, término que acoge las diversas reducciones de dicho poder que, con variedad de causas, comprimen, en casos singulares, ese poder que de manera normal tiene el dueño de la cosa. Sobre la distinción entre límites-confines y limitaciones, con especial referencia a la doctrina alemana (Gierke, W. Weber, etc.), MARTÍN MATEO, R.: “El estatuto de la propiedad inmobiliaria”, *Revista de Administración Pública* nº 52 (1967), pág. 130 y ss, y 140 y s.

¹²⁰ Así, con referencia a la propiedad urbana y a la propiedad agraria, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en su *Curso de Derecho Administrativo*, II, Edit. Cívitas-Thomson, 12ª edición, 2011, pág. 161 y ss. En términos conceptuales y generales –aun cuando se refieren a la propiedad del suelo según la legislación urbanística-, dicen estos autores que “la delimitación de un derecho es, en efecto, fijar su “contenido normal”, señalar límites o fronteras a su

regular el legislador ordinario –estatal y autonómico- cada tipo o categoría de bienes o cosas. La *línea* delimitadora del contenido de la propiedad privada traza, pues, los límites hasta donde llega el ámbito de poder jurídico del dueño, las fronteras o confines hasta donde alcanza el contenido en facultades del derecho o, si se quiere, el alcance del interés jurídicamente protegido del propietario, más allá de cuya frontera podrá haber interés pero no, por ello, derecho. Decir, por lo tanto, que los “límites” son internos, o situados en el interior del derecho, por contraposición al carácter externo de las “limitaciones”, parece una figura retórica y artificiosa: a lo sumo, el límite (del latín, “limes”, es decir, frontera) marca el confín, lindero o *finium regundorum*, del contenido y alcance del poder jurídico del dueño, según el régimen legal estatutario del tipo o categoría de bien de que se trate.

En cualquier caso, el concepto de límite y el de limitación –cuya sinonimia lingüística no contribuye ciertamente a elucidar la falta de claridad jurídica y doctrinal de la distinción-¹²¹, dado su manejo como técnicas jurídicas utilizadas por el legislador ordinario, a efecto de fijar la función social de cada tipo de propiedad privada, según la correspondiente regulación estatutaria, vienen a cumplir un papel sustancialmente similar: los límites vendrán a fijar el *alcance* o extensión de las facultades que integran el contenido del dominio (así, de la facultad de “goce” o uso y aprovechamiento de una finca urbana, fijando el poder público legalmente, por ejemplo, el límite de estas facultades del dueño, tanto desde el punto de vista cualitativo, limitando los posibles usos o destinos del bien, como cuantitativo, así, fijando la intensidad de ese uso, o volumen de edificabilidad, correspondiente a cada tipo o clase de uso); sin perjuicio de otras limitaciones que la propia legalidad estatutaria de cada tipo de bien establezca (v. gr., a la libre disposición de la cosa por su dueño). De aquí que haya llegado a afirmarse que “no parezca necesario, ni conveniente, constituir una teoría general de las limitaciones de la propiedad, sino que –como ha sostenido PERLINGIERI- se deba proceder exclusivamente a pergeñar la teoría de las limitaciones de cada tipo concreto de propiedad”¹²², según la respectiva función

extensión, que no puede ser nunca ilimitada; por el contrario, la limitación de un derecho opera sobre ese contenido normal, para restringir sus posibilidades de ejercicio” (pág. 162).

¹²¹ El Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de noviembre de 2006, en su FJ 3º, dice que aun cuando la distinción entre límites y limitaciones no es todo lo clara que fuere de desear, la conformación de una parcela, y la imposición de determinadas constricciones de comportamiento o de restricciones a las posibilidades de actuación no ha de ser entendida, en general, como una limitación de carácter excepcional o de tipo expropiatorio [...]. Se ha ido afirmando en la jurisprudencia la idea de que las limitaciones legales del dominio muchas veces son verdaderos límites conformadores en el sentido antes apuntado, al ser de carácter institucional y aplicarse de modo automático”.

¹²² LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil ...*, pág. 66.

social, dado que ésta no se regula con el mismo alcance e intensidad en todos los tipos de propiedad.

La exigencia, en fin, de interpretar el precepto del artículo 348 del Código Civil en el marco de la actual Constitución, obliga a interpretar hoy este precepto jurídico civil conforme al artículo 33.2 del texto fundamental, a lo que no parece existir óbice alguno, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, a entender que el uso de la expresión “limitaciones establecidas en las leyes” incluya no solo las “limitaciones” *sensu stricto* sino también los límites que configuran, delimitan y delinear el contenido del derecho de propiedad¹²³. Y respecto a la cuestión de conectar el artículo 348 del Código Civil con las leyes especiales, a propósito de los límites de la propiedad, considera MONTES PENADÉS, que dicho precepto jurídico-civil contiene “una norma lo suficientemente elástica como para poderse adaptar a la nueva situación, toda vez que admite que las facultades de goce y disposición puedan ser limitadas por las leyes, por lo que, en definitiva, entrará en juego este precepto una vez las leyes especiales hayan definido el campo de acción de la actividad del propietario”¹²⁴.

En todo caso, parece indudable que tanto la fijación legal de los límites – “delimitación”- del contenido del derecho de propiedad, como de las limitaciones restrictivas de este contenido, constituyen técnicas jurídicas mediante las cuales se instrumenta legalmente la función social de este derecho. Más adelante, y especialmente respecto a la propiedad inmobiliaria urbana, habrá ocasión de especificarlo y concretarlo en nuestro Derecho positivo.

2. Fijación de deberes y cargas que condicionan legalmente el ejercicio del derecho de propiedad privada

A la utilidad general o pública, que fundamenta la función social de la propiedad, se instrumenta asimismo otro tipo de técnicas jurídicas caracterizadas por el sentido *positivo* de determinadas situaciones jurídicas

¹²³ Así, MUÑOZ GUIJOSA, M^a A., *El derecho de ...*, pág. 50. Más adelante, la misma autora considera que el poder jurídico del propietario, de acuerdo con el art. 348 CC y concordantes, “queda circunscrita a los límites señalados tanto por el Código Civil como por la correspondiente normativa especial”, constatando “la amplitud o, si se prefiere, elasticidad del concepto de propiedad, capaz de dar cabida a concepciones políticas de muy distinto signo sobre aquélla y, en consecuencia, a regulaciones jurídico-positivas muy diversas. Es éste el sentido en que se pronuncia una buena parte de la doctrina que, frente a quienes circunscriben la regulación civil de la propiedad privada a la inicial concepción liberal-individualista de la misma, defiende la vigencia actual de aquel concepto, habida cuenta de su “neutralidad” y capacidad de adaptación a los cambios y nuevas circunstancias sociales, políticas, económicas y, por supuesto, jurídicas, que han acaecido desde su consagración en el Código Civil” (pág. 74).

¹²⁴ *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo (Un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978)*, Edit. Cívitas, 1980, pág. 252.

obligacionales, que imponen al titular del derecho, *cuando ejercita éste*, el cumplimiento de ciertos deberes que la ley establece. Estas situaciones jurídicas, que el poder público (la Administración) viene correlativamente habilitado (en virtud de la correspondiente “potestad” legal, administrativa o pública) para poder exigir al propietario, cuando realice el ejercicio de su derecho de dominio, son fundamentalmente dos: los llamados deberes funcionales y las cargas. Sobre el análisis conceptual de estas situaciones jurídicas subjetivas, correspondiente en cuanto tales a la teoría general del Derecho, ha hecho especial hincapié la doctrina iuspublicística, en razón de venir establecidas y reguladas por normas de Derecho público, para realizar fines de interés general y, a este efecto, apoderar la ley -que las impone- a la Administración pública competente para exigir su cumplimiento a los propietarios afectados.

En síntesis, según esta doctrina general, el concepto de “deber” es el de una situación jurídica pasiva –correlativa al concepto genérico de potestad-, que se diferencia *sensu stricto* del de “obligación”, en que este último tipo de situación jurídica, también pasiva, es correlativa al derecho subjetivo de otra persona, en el seno de una relación jurídica. Es en el ámbito jurídico-público donde el poder público actúa legalmente mediante la imposición de deberes (públicos) -cuyo cumplimiento requiere la Administración en ejercicio de su potestad ejecutiva-, donde se instrumenta jurídicamente la realización efectiva de la función social de la propiedad privada de determinados bienes, en razón del tipo de intereses –generales o públicos- a que esa función social se ordena. La imposición de deberes, se ha dicho, “es una experiencia común en la vida jurídico-pública, incluso una de las marcas con que en todos los tiempos ha pretendido caracterizarse el poder político”¹²⁵.

Existen diversos tipos de deberes (públicos), unos positivos y otros negativos, según que obliguen al sujeto a un comportamiento positivo (esto es, a un dar o un hacer), o por el contrario negativo (a un no hacer o un soportar)¹²⁶. Especial interés tiene, respecto a la instrumentación jurídica de la función social de la propiedad privada (inmueble), la imposición legal de deberes públicos positivos, también denominados por ello deberes “funcionales”, que recaen sobre el ejercicio del derecho de propiedad privada. Así, respecto a la

¹²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.* *Curso ...*, pág. 130. Sobre las categorías generales del derecho subjetivo, con referencia al de propiedad, el deber jurídico (tipos) y la obligación, LÓPEZ Y LÓPEZ, A., en *Fundamentos de Derecho Civil*, Edit. Tirant lo Banch, Valencia, 2012 (pág. 159 y ss).

¹²⁶ GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 9ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 546 y s. “Los deberes –dice MONTES PENADÉS- expresan relaciones personales singulares (generalmente frente a la Administración Pública), que encuentran su base en el derecho de propiedad, pero no forman parte del contenido de ésta” (*ob. cit. Comentarios ...*, pág. 253, donde se apoya a este respecto en la doctrina italiana –Pugliatti, D’Angelo y Natali- que cita).

propiedad privada del suelo urbano o urbanizable, son deberes funcionales del propietario del suelo, que impone la legislación urbanística, el deber de cesión gratuita para determinados fines de interés público (para viales, zonas verdes, etc.), viniendo asimismo aquél sujeto, en caso de ejercitar su derecho a edificar, al cumplimiento previo, o al menos simultáneo, del deber legal de urbanización del suelo donde proyecte construir, etc. Se trata, pues, de conductas *in faciendo*, ya que el propietario viene obligado a hacer o cumplir determinadas exigencias de interés general o público que condicionan así legalmente el ejercicio de facultades ínsitas en su derecho de propiedad.

Algunos de estos deberes constituyen más bien, específicamente, una “carga”, en el sentido técnico, de situación pasiva, como deber que se impone legalmente a un sujeto –en nuestro caso ejemplificado, en un propietario de suelo-, para poder efectuar el ejercicio de un derecho en interés *propio* de su titular. Así, en el ejemplo, el deber de urbanizar el suelo, para que el propietario pueda construir en el mismo en ejercicio del *ius aedificandi*, constituiría más bien una carga –la “carga de urbanizar”, como dice con todo rigor la legislación urbanística del suelo-, que el propietario viene obligado a cumplir para poder satisfacer un interés del propio dueño¹²⁷.

3. Fijación de condiciones para el ejercicio de facultades que atribuye la propiedad privada: intervenciones administrativas singulares limitativas de este ejercicio

El establecimiento de condiciones al ejercicio de facultades contenidas en el derecho de propiedad ha de producirse asimismo mediante regulación legal (art. 53.1 CE). Ha de tratarse, pues, de *conditio iuris*, esto es, fijadas por el ordenamiento jurídico, y que limitan de forma general el ejercicio de las facultades del propietario. El efectivo cumplimiento de este tipo de condiciones “jurídicas” –legales y reglamentarias- determina y justifica la existencia de la intervención administrativa de control, tradicionalmente denominada de policía administrativa, por razón de interés público, a fin de asegurar que esas condiciones legales y reglamentarias se cumplan cuando el propietario pretenda llevar a cabo, en determinados supuestos, el ejercicio de algunas de las facultades dominicales. Estas intervenciones administrativas de policía¹²⁸ que,

¹²⁷ Sobre el concepto técnico-jurídico de “carga”, remitimos a la exposición hecha por GARRIDO FALLA, en *ob. cit.* en la nota anterior, págs. 548 y ss.

¹²⁸ La doctrina administrativista se ha referido a ellas al estudiar el estatuto de la propiedad inmobiliaria y, en concreto, en relación a la función social de la propiedad urbana. Así, MARTÍN MATEO, R. en el estudio citado “El Estatuto de la propiedad ...” (pág. 135), como también ESCRIBANO COLLADO, P., en *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*, Edit. Montecorvo, 1979 (pág. 123 y ss).

con la necesaria cobertura legal, realiza la Administración pública, se realizan por ésta aplicando técnicas jurídicas de actuación concreta y singular, que por lo demás son tradicionales en nuestro ordenamiento y que tienen como antecedente, pongamos por caso en materia urbanística, la llamada policía urbana.

Cabalmente, no se trata aquí de una policía de seguridad pública, sino de una acción de policía especial relativa concretamente al régimen jurídico-administrativo de la propiedad privada, del que derivan limitaciones al ejercicio de este derecho. Las técnicas jurídicas de policía administrativa son fundamentalmente de control preventivo (autorizaciones y licencias de la Administración) y de control represivo otras, *ex post facto*, en supuestos de incumplimiento de limitaciones y de prohibiciones (suspensión de obras o de actividad, imposición de sanciones, etc.). La regulación legal y reglamentaria, en su concreta aplicación, se hace así operativa mediante actos singulares de la Administración (en la secuencia Ley-reglamento-acto) que, por incidir estos últimos en las facultades propias del dominio, requieren de cobertura legal que fundamente la limitación o restricción del ejercicio de este derecho.

Es así, por ello, que las actuaciones o actos singulares de la Administración, conforme al régimen jurídico-administrativo de estos tipos de actos (autorizaciones, licencias, sanciones ...), en su proyección sobre el derecho de propiedad privada, se hallan estrictamente sujetos al principio de legalidad: se trata de actos reglados. Así, respecto a la facultad de utilización y aprovechamiento urbanístico de un determinado terreno, será necesario, o se requiere, que, siguiendo ese orden jurídico secuencial, la ordenación urbanística (ley y plan o norma) haya de ser aplicada al caso mediante el control público-administrativo que, previamente a la realización del uso (actividad) u obra regulada y sujeta a esa ordenación, se constate que el *ius utendi*, como el *ius aedificandi*, que el dueño –o usufructuario o superficiario- proyecte realizar, sea conforme a la propia ordenación jurídica (clasificación y calificación urbanística, volumen edificable, etc.); sin que la Administración pueda imponer otras limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de dominio que las que esa ordenación permita, por razones de interés público. La autorización o licencia tiene, así pues, carácter reglado, por lo que el particular propietario tiene derecho a obtenerla, de modo correlativo al deber que a la Administración pública obliga a concederla, si bien sujetándola a esas *conditio iuris* generales en su aplicación singular, al caso concreto¹²⁹.

¹²⁹ Sobre el “condicionamiento de las licencias urbanísticas”, LÓPEZ PELLICER, J.A., en *Revista de Derecho Urbanístico* nº 85, pág. 61 y ss (en especial, págs. 75 a 84). Excepcionalmente, se admite sin embargo la posibilidad de fijar condiciones de otra clase, esto es, no estrictamente jurídicas (*conditio iuris* regladas), en determinados supuestos, imponiendo la Administración determinadas obligaciones o cargas modales (v. gr., de completar la urbanización existente) al solicitante de la autorización administrativa, que en otro caso habría de denegarse. Se trata de condiciones fijadas por la Administración, con intervención del interesado, y que sin exceder de

En otros supuestos, el ordenamiento jurídico obliga al propietario a ejercitar su facultad de uso y disfrute del bien objeto del dominio, o se lo prohíbe temporalmente. En el primer caso, por ejemplo, cuando se obliga al propietario de una finca rural a conservar el suelo en determinadas condiciones, luchar contra plagas, etc. En el segundo, pongamos por caso, cuando la Administración acuerda suspender el otorgamiento de licencias urbanísticas de edificación, parcelación y demolición de edificios para proteger cautelarmente una nueva ordenación o plan en estudio o en trámite que sustituya a la que viene rigiendo, a fin de asegurar la viabilidad de la ordenación futura.

El ordenamiento jurídico también limita y condiciona, en determinados supuestos, el ejercicio del *ius disponendi* del propietario, como sucede en el supuesto, regulado por la legislación urbanística, de otorgamiento de los derechos reales de tanteo y de retracto que facultan a la Administración pública para adquirir de modo preferente determinados inmuebles, mediante la transmisión obligatoria a la misma por el propietario transmitente (tanteo) o del tercero adquirente (en caso de retracto), cuando el propietario hace una oferta (en el primer caso) o cuando realiza efectivamente la enajenación del mismo a un tercero adquirente (en el segundo caso).

Supuesto dudoso es el que se refiere al mecanismo de la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos (art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964) y sobre el que recayera la sentencia constitucional 89/1994, de 17 de marzo, según la cual el arrendamiento forzoso para el propietario –unido a la congelación de rentas– no constituye una vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad; pese a que tal medida en realidad determina, como ha considerado la doctrina¹³⁰, un efecto legal expropiatorio, en cuanto afecta no sólo a la facultad de goce y aprovechamiento (utilidad privada), sino sobre todo volatiliza la facultad de disposición del propietario. Pese a esto, la sentencia constitucional entiende que esas limitaciones al ejercicio de las facultades

los cauces de la ordenación urbanística, resulten indispensables para que la licencia se ajuste o acomode a esta normativa (así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2002) y conforme a los principios de proporcionalidad y menor restricción posible del derecho de propiedad. Asimismo, sobre la fijación de condiciones en los actos administrativos, VELASCO CABALLERO, F.: *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Edit. Tecnos, Madrid, 1996.

¹³⁰ Vid. COLINA GAREA, R.: “Comentario a la S.TC 89/1994, de 17 de marzo”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 35 (1994), pág. 737 y ss. Asimismo, BELLO JANEIRO, D.: “La función social de la propiedad y la Ley de Arrendamientos Urbanos. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1994”, en *Derecho. Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol. III-1 (1994), pág. 229 y ss. BARNÉS VÁZQUEZ, J.: “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en el libro *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado* (dir. J. Barnés), Edit. Tecnos, 1995, págs. 32 y 46 (notas 100 y 101, donde se hace referencia al Voto Particular a dicha STC 89/1994 formulado por A. Rodríguez Bereijo, al que se adhieren otros dos Magistrados, al que se hace referencia en la nota siguiente).

dominicales no constituyen una vulneración de los rasgos esencialmente identificativos del derecho de propiedad¹³¹.

4. No indemnizabilidad de las restricciones o limitaciones del derecho de propiedad privada impuestas legalmente en razón de la función social regulada por el correspondiente régimen estatutario (reenvío). Sólo son indemnizables las limitaciones y vinculaciones singulares o específicas

Las restricciones y deberes que impone la función social de la propiedad privada, mediante la ordenación legal estatutaria aplicable a determinados tipos o grupos de bienes, no comporta, como principio general, el derecho a ser compensados o indemnizados los propietarios, en razón no sólo por la propia

¹³¹ En su FJ 5, la STC 89/1994 dice que: “Pero ello no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal, el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto que dificulta que la merced arrendaticia se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esta dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. Esta limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución”.

Pese a ello, es de considerar la especial relevancia que tiene al respecto el Voto Particular que a dicha sentencia formulara el Magistrado Sr. RODRÍGUEZ BEREIJO, con la adhesión de los Magistrados Sres. CRUZ VILLALÓN y GABALDÓN LÓPEZ, que dice que: “si al constreñir el derecho a la propiedad lo hace de tal manera y con tal intensidad que, el contenido esencial del derecho, reducido en último término a la utilidad individual o a su conversión en un equivalente económico, quede amputado y la propiedad inmobiliaria de bienes urbanos se transforme en una peculiar institución jurídica cuya reconocibilidad como propiedad privada, según los rasgos de la institución perfilados por el Derecho Civil, resulte imposible. Y la respuesta, en el presente caso, ha de ser afirmativa, lo que lleva necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado. Y ello es así no, claro está, porque en sí mismo y aisladamente considerado, la limitación que constituye el derecho de prórroga forzosa del contrato de arrendamiento del art. 57 LAU vacíe de contenido el derecho a la propiedad que lo haga irreconocible como tal. Y lo mismo cabría decir de otras restricciones de las facultades dominicales como el derecho de subrogación (Autos TC 671/1985 y 540/1987 y STC 222/1992) o la imposición de deberes positivos al propietario (STC 301/1993). Es precisamente el carácter trabado del régimen jurídico de los arrendamientos urbanos, que forma un todo único, un continuum, y esa consecuencia, cierre de todo el sistema, que es la no actualización de la renta arrendaticia (con el efecto consiguiente de desvalorización debido a la inflación de los precios) lo que determina, en numerosos casos, el vaciamiento total del derecho a la propiedad, incluso de ese núcleo mínimo que es su utilidad económica individual, y lo hace por ello constitucionalmente inaceptable. Y sin que los Jueces que han de aplicar el Derecho puedan, por sí mismos, reparar la integridad del derecho a la propiedad lesionado. Se vulnera, así, el art. 33 de la Constitución por cuanto se priva de su derecho al titular sin que el Legislador haya establecido ningún género de compensación económica que restablezca, a modo de conversión en un equivalente económico (art. 33.3 CE y STC 37/1987, fundamento jurídico 2º), la integridad del contenido esencial de la propiedad”.

generalidad que, en cuanto tal, tiene la ordenación jurídica aplicable, sino también de los intereses –generales o públicos- determinantes de dichos límites y limitaciones¹³².

Supuesto distinto es el referente a aquellas restricciones del derecho de propiedad privada que comporten un sacrificio o privación *singular* de facultades o derechos impuesta por razón de utilidad pública o interés social, que sí serían indemnizables de conformidad con la garantía jurídica patrimonial definida, a efectos expropiatorios, en la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (artículo 1 y concordantes)¹³³.

En fin, la vigente Ley estatal de Suelo –Texto Refundido de 20 de junio de 2008-, en su artículo 35, apartado b), recogiendo una larga línea legislativa, recoge como supuesto que da lugar en todo caso a derecho a ser indemnizado el supuesto de “las vinculaciones o limitaciones *singulares* que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa”. La doctrina se ha referido al concepto

¹³² Remitimos a este respecto, a las consideraciones expuestas en el Capítulo Segundo, epígrafe II.2.C, donde se hace referencia a la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que pone como límite a la regulación jurídica general el de respeto del “contenido esencial”, puesto que, en otro caso, “no cabría hablar de una regulación general de derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traducirá en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas no tolerado por la norma constitucional salvo que medie la indemnización correspondiente” (FJ 11).

Ahora bien, ¿dónde acaba la “delimitación” y empieza la “privación” *indemnizable*? Las leyes reconocen unas veces el derecho de indemnización y otros no, sin que se sepan muy bien los criterios diferenciadores. En teoría –dice ARIÑO ORTIZ-, el criterio es el siguiente: debe indemnizarse todo aquello que suponga un *sacrificio especial*, es decir, cuando exista una lesión o daño efectivo en el patrimonio particular (una disminución de su valor en venta o en renta) y esa lesión sea singular, esto es, no recaiga de modo general sobre los ciudadanos que se hallan en la misma situación, sino sobre algunos. La razón es el principio de igualdad ante los beneficios y las cargas públicas (*Economía y Estado*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 83 y s).

¹³³ Así, se reconoce este derecho de indemnización por la Ley estatal de Carreteras de 29 de julio de 1988, que, si bien prohíbe de modo general en la “zona de servidumbre” la realización de obras y usos que no sean compatibles con la seguridad vial (que son, así, meras limitaciones de la propiedad), reconoce que “serán indemnizables la ocupación de la zona de servidumbre y los daños y perjuicios que se causen por su utilización” (art. 22.4). La Ley de Costas de 28 de julio de 1988, respecto de la “servidumbre de protección”, prohíbe efectuar cerramientos –salvo en las condiciones que se determinen reglamentariamente-, pero reconoce que los daños que se ocasionen por las ocupaciones que pueden efectuarse en dicha zona –para depositar temporalmente objetos o materiales arrojados por el mar y realizar operaciones de salvamento marítimo- serán indemnizables conforme a la Ley de Expropiación Forzosa (art. 24 de la Ley 22/1988, de Costas); entre otras leyes. Véase específicamente la exposición que se hace en el Capítulo Séptimo de las limitaciones de la propiedad privada en determinadas leyes sectoriales (epígrafe IV).

de “vinculación”, en función de la idea de afectación específica a una determinada finalidad¹³⁴, que el precepto legal equipara, a efectos indemnizatorios, a las “limitaciones singulares”.

V. RECAPITULACIÓN

Cabe concluir de lo expuesto que el derecho de propiedad privada no es – ni ha sido- en el Estado de Derecho un derecho absoluto o ilimitado en facultades para su titular, sino que por el contrario, se encuentra acotado no solo por las tradicionales limitaciones del orden liberal y por los límites que definen su contenido –que legalmente lo delimitan fijando su alcance-, sino también por los deberes funcionales y cargas que, en la fase del Estado Social de Derecho, asimismo condicionan legalmente el ejercicio del propio derecho.

Al incidir así la función social del derecho de propiedad privada en el desarrollo legislativo del contenido del mismo, es decir, al regular el legislador ordinario el régimen estatutario de cada tipo de bienes, la función social de la propiedad privada ofrece diversas manifestaciones según su objeto. Así, los bienes de consumo o de uso necesario sólo satisfacen con su uso el interés individual del propietario, manifestándose la función social meramente en la posibilidad de acceso a la propiedad privada de estos tipos de bienes; mientras que en el caso de otros tipos de bienes como los productivos, el rendimiento económico que pueda derivarse de ellos ha de satisfacer el interés individual del propietario, pero también ha de contribuir al beneficio de la comunidad social, en los términos establecidos por las leyes.

Como se ha puesto de relieve, especialmente respecto a este último tipo de bienes, la polémica doctrinal existente en orden a si la función social forma parte o no del contenido del derecho de propiedad parece estéril, porque si la función social -y los deberes funcionales y cargas que comporta-, se entendiera que forma parte del contenido de dicho derecho, esto supondría tanto como desnaturalizarlo y descontextualizarlo como tipo de situación jurídica activa, ya que se estaría integrando en el contenido del propio derecho no sólo los intereses y facultades individuales del dominus, sino también situaciones jurídicas pasivas, como esos deberes y cargas. La propiedad privada devendría así en un tipo de situación jurídica mixta, compuesta en su propio contenido por facultades y deberes conjuntamente, dejando de ser por ende un derecho

¹³⁴ GÓMEZ-FERRER, R. y BASSOLS COMA, M., en “La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos” (Ponencia presentada al V Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Marbella, 1975) dicen que: “Los vínculos o vinculaciones representan las obligaciones o deberes inherentes al derecho de propiedad, impuestas por la Ley que habilita la planificación, y que cada plan en concreto actualiza en un momento determinado. La naturaleza jurídica de estas vinculaciones es la de auténticas cargas reales *ex lege*, de origen administrativo, que gravan la propiedad con independencia de su titular, o, mejor dicho, al margen de cualquiera que sea su titular”.

subjetivo propiamente dicho. También porque, en rigor, carece de trascendencia jurídica a efectos de obligatoriedad del cumplimiento de los límites y limitaciones, deberes y cargas, en cuanto y en la medida en que éstos vienen *legalmente* impuestos (art. 33.2 CE) y referidos al ejercicio del derecho (art. 53.1 CE), según se ha considerado.

Finalmente, la función social del derecho de propiedad se instrumenta no sólo mediante las clásicas limitaciones o restricciones de carácter negativo provenientes del orden liberal, sino también, y desde una perspectiva positiva, en cuanto la moderna función social fija los límites hasta donde llega el contenido estatutario de la propiedad privada y condiciona el ejercicio de este derecho, mediante el cumplimiento de los deberes y cargas impuestas legalmente, contribuyendo de este modo con ello al interés general de la sociedad; y sin perjuicio de que, al realizarse en concreto su ejercicio, éste sea además objeto en su caso de determinados controles públicos a través de técnicas jurídicas de policía administrativa (licencias) así como cuando procedan represivas (sanciones), asimismo por razón de intereses de la comunidad.

PARTE SEGUNDA

CONTENIDO Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD URBANA

CAPÍTULO CUARTO

CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA URBANA (1)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROPIEDAD URBANA EN PERSPECTIVA JURÍDICA HISTÓRICA Y REGULACIÓN LEGAL APLICABLE EN EL VIGENTE ORDENAMIENTO. III. EL ESTATUTO CONTENIDO EN EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO. 1. La ordenación jurídica de la propiedad urbana. 2. Sumaria referencia a los planes urbanísticos de ordenación. 3. Facultades integrantes del contenido de la propiedad urbana. 4. Técnicas jurídicas de asignación de usos y edificabilidad a la propiedad inmueble. IV. DINÁMICA DE LA PROPIEDAD URBANA. 1. La propiedad urbana en la fase de ejecución de actuaciones de urbanización. A) Presupuestos jurídicos y técnicos de las actuaciones de urbanización. B) Iniciativa y gestión de la actuación urbanizadora. C) Instrumentos legalmente condicionantes de la urbanización: la reparcelación. 2. La propiedad urbana y el “ius aedificandi”. A) La facultad legal de edificar: definición del “ius aedificandi”. B) El “ius aedificandi” y el derecho de propiedad de la edificación construida. C) El “ius aedificandi” de la propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico (reenvío). D) Ejercicio de la facultad de edificar y control administrativo. V. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando nuestro Código Civil se promulga, la propiedad de la tierra aún se ejercitaba para realizar un aprovechamiento fundamentalmente rústico de la misma. La sociedad, a mediados del siglo XIX, seguía siendo fundamentalmente rural. De aquí el acusado carácter agrario apreciable en la ordenación que contiene no pocas de las instituciones de orden patrimonial que el CC regula y, en especial, del dominio de las fincas o predios¹³⁵. En aquella misma época, último tercio del siglo XIX, había comenzado ya, sin embargo, el proceso de industrialización y con él el de la progresiva concentración en las ciudades de la población, como ya había sucedido en otros países de nuestro entorno europeo.

En esta perspectiva histórica se explica el que, incluso antes de la promulgación de nuestro *corpus* civil, y para dar respuesta a este incipiente fenómeno de urbanización, se promulgara asimismo una legislación cuyo objeto era no solo el de reformar la ciudad tradicional sino también regular su ampliación o “ensanche” a fin de poder dar cabida al aumento de la población urbana. A esta nueva perspectiva entonces abierta, y que empieza a poner de relieve la trascendencia del nuevo fenómeno urbanístico, habrá por ello de aludirse, ya que pone de manifiesto la importancia –desde entonces creciente– de la denominada propiedad urbana. La institución dominical, en esta nueva perspectiva, entra en una dinámica de alguna forma incompatible con la forma

¹³⁵ El Código Civil, dice LASARTE ÁLVAREZ, C, no se preocupa de la perspectiva que pudiéramos denominar dinámica de la tierra (las explotaciones agrarias), sino única y exclusivamente del aspecto estático de la titularidad de los predios o fincas (*Principios de Derecho Civil*, IV, Edit. Trivium, 1998, pág. 106).

como la propiedad privada de la tierra había sido regulada, atendiendo sobre todo a su aprovechamiento rural y agrario, y por ende tradicionalmente sujeta a una estabilidad que el dinamismo de la nueva sociedad industrial y urbana no permitía.

La “nueva” propiedad urbana determina así una reordenación de la institución dominical, que pasa de tener el carácter estático en el que, al modo tradicional, sigue configurándola el CC en el marco jurídico liberal –como se ha visto en los precedentes capítulos-, a adquirir una nueva dimensión más dinámica, en cuanto sujeta la propiedad a un proceso técnico-jurídico de ordenación y gestión urbanística, incluso como prototipo o modelo más acabado que la nueva legislación urbanística ofrece -en la comparativa de regulaciones estatutarias de la propiedad privada inmobiliaria-, para representar el régimen de garantía de la propiedad privada, así como de la función social que, en su ejercicio, ha de cumplir este derecho.

II. LA PROPIEDAD PRIVADA URBANA EN PERSPECTIVA JURÍDICA HISTÓRICA Y REGULACIÓN LEGAL APLICABLE EN EL VIGENTE ORDENAMIENTO

En su perspectiva histórica, la propiedad privada urbana y más precisamente del suelo en el ámbito urbano, responde a los postulados propios de la concepción liberal cuando, en la segunda mitad del siglo XIX, se inicia el proceso de urbanización, como consecuencia de la revolución industrial y la fuerte tendencia de la población a concentrarse en las ciudades que la incipiente industrialización comporta. Se inicia así entonces un proceso en el que la propiedad privada inmobiliaria urbana –del suelo y de las construcciones- fundamentada en su dimensión individualista y “privatista”, expresada en el precepto contenido en el artículo 348 del Código Civil (como “el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”), se ve paulatinamente afectada por la incidencia de normas jurídico-públicas, ante la necesidad de dotar a la ciudad de espacios, obras y servicios de interés general.

En la perspectiva del CC, como se ha considerado en los capítulos precedentes, las facultades integrantes del contenido de la propiedad privada no se configuran, en rigor de verdad, de manera incondicionada o “absoluta”, dado que ya el propio Código en su artículo 348 alude a las limitaciones que la ley establezca; limitaciones éstas a que el mismo *corpus* legal civil remite con referencia a los “reglamentos de policía” (art. 350) u ordenanzas municipales de edificación o construcción, a los cuales asimismo remite en otros preceptos. Se trata de limitaciones establecidas, como también precedentemente se ha indicado, por razón de vecindad entre los fundos (medianerías, distancias, vertidos, etc.), así como por razón de salubridad e higiene (ventilación, patios,

alturas, etc.) y razones técnicas de seguridad de las construcciones y edificaciones.

La atención de los intereses generales propios de la ciudad venía asignada a los respectivos ayuntamientos, a cuyo cargo quedaba la realización de las obras de urbanización de los terrenos, con cargo a sus presupuestos y mediante la utilización como instrumento jurídico de la expropiación forzosa (Ley de 10 de enero de 1879 y art. 349 CC), para construir calles y plazas, así como los demás espacios de uso colectivo¹³⁶. Así pues, la Administración municipal, mediante la utilización de técnicas propias del Derecho público, cumplía con la misión de atender a la satisfacción de intereses generales propios de la comunidad local (urbanización, expropiación, financiación presupuestaria, que incluía figuras tributarias como la contribución territorial y contribuciones especiales, etc.).

Esta concepción de la propiedad privada urbana en el marco del régimen liberal va a sufrir, sin embargo, una profunda transformación en el sentido social y funcional experimentado por el urbanismo español, sobre todo a partir de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, “raro ejemplo –se ha dicho¹³⁷- en nuestro Derecho Público de norma jurídica que se adelanta a su tiempo sin una base doctrinal previa”¹³⁸ y que, no obstante, se sitúa en la vanguardia del Derecho europeo. A resaltar de esta Ley, por un lado y sobre todo, la innovación que supone en aquel momento, de configurar un verdadero estatuto jurídico de la propiedad del suelo, cuyo contenido viene delimitado legalmente por la propia Ley al establecer un “régimen urbanístico” del suelo (clasificación y aprovechamiento), así como la sujeción de su ejercicio al cumplimiento de determinados deberes y cargas (cesiones de suelo, costes de urbanización). Y, por otra parte, la afirmación del urbanismo como materia objeto de

¹³⁶ En esta época, en la que se sitúa la génesis del Derecho urbanístico español, se promulgan diversas leyes de reforma interior y de “ensanche” de poblaciones: concretamente, en el marco liberal propio de esta época, se sitúa primero la Ley de 29 de junio de 1864 y su Reglamento de 25 de abril de 1867 (que asimismo introducen la técnica del plan urbanístico –“proyectos de ensanche”-, que ya contaba desde 1860 con las experiencias de Madrid –Plan Castro- y de Barcelona –Plan Cerdá-; así como las Leyes de 22 de diciembre de 1876 y de 26 de julio de 1892, en la perspectiva del ensanche, que ha inspirado el urbanismo español desde entonces; así como, por otra parte, la Ley de 18 de marzo de 1895, de saneamiento y reforma interior de poblaciones. Sobre esta temática de nuestra legislación urbanística histórica, *vid.*, por todos, la excelente obra de BASSOLS COMA, M.: *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español 1812-1956*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1973.

¹³⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Manual de Derecho Urbanístico*, Edit. La Ley-El Consultor, 21ª edición, 2008, pág. 21.

¹³⁸ Ha de reseñarse aquí, pese a ello, la importancia de la labor de preparación de la Ley llevada a cabo sobre todo: en el aspecto técnico por el arquitecto BIDAGOR LASARTE y en el jurídico por el profesor BALLBÉ PRUNES, que fue Catedrático de Derecho Administrativo en esta Universidad de Murcia y en la de Barcelona.

competencia pública, ya que la Ley asigna a la Administración una serie de potestades, fundamentalmente para planificar y para intervenir el ejercicio de las facultades de los propietarios de suelo, potestades que en suma suponen atribuir a aquélla los poderes de dirección y control público de todo el proceso de la acción urbanística (ordenación, gestión y ejecución de la actividad urbanizadora, e intervención de la edificación y usos del suelo).

La reforma, tras casi veinte años, de la Ley del Suelo de 1956, por Ley de 2 de mayo de 1975¹³⁹, introduce determinadas modificaciones tendentes a flexibilizar el planeamiento urbanístico general, especialmente respecto al suelo urbanizable (pues el no programado inicialmente en el propio plan, admitía la posibilidad de hacerlo después en caso de iniciativas particulares, mediante los correspondientes “programas”), estableciendo también determinados estándares urbanísticos vinculantes para la Administración al elaborar y establecer el plan urbanístico; y ahondando asimismo en la función social de la propiedad privada, especialmente respecto del suelo urbanizable, con el incremento de los deberes y cargas de urbanización recayentes en los propietarios de terrenos.

La reforma del texto legal precedente –refundido en 1976 (cit. en la nota anterior)- en 1990¹⁴⁰ y la posterior incidencia de la conocida sentencia del TC

¹³⁹ El Texto Refundido de ambas Leyes (1956 y 1975) fue aprobado por el Real Decreto (Legislativo) 1346/1976, de 9 de abril, que después será desarrollado reglamentariamente por varios Reglamentos de 1978: el RD 2159/1978, de 23 de junio, que aprueba el Reglamento de Planeamiento Urbanístico; el RD 3288/1978, de 25 de agosto, que aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística; y el RD 2187/1978, de 23 de junio, que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística. Reglamentos que tras diversas vicisitudes, y entre ellas la incidencia de la sentencia constitucional 61/1997, de 20 de marzo –anulando numerosos preceptos de la ulterior Ley del Suelo de 1992 (*infra*)-, determinó como efecto la reviviscencia de los citados Reglamentos estatales de 1978, que constituyen hoy *Derecho supletorio* de la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales –como la de la Región de Murcia- remiten a ellos, en la medida que sean conformes a la legislación autonómica del suelo y entre tanto no se ejercite la potestad autonómica de desarrollo reglamentario (así, la LS de la Región de Murcia, Texto Refundido de 10 de junio de 2005, en su Disp. Final 3ª).

¹⁴⁰ Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones de suelo, que en 1992 sería refundida con el texto legal precedente de 1976 (y varios Decretos-Leyes dictados en el período intermedio), mediante el Real Decreto Legislativo (Texto Refundido) 1/1992, de 25 de junio, aprobatorio del nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana. Legislación estatal que se vería profundamente afectada por la importante sentencia constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que anuló gran parte de esta legislación estatal, por considerar que ésta había extralimitado la competencia del Estado invadiendo la competencia “exclusiva” autonómica en materia de urbanismo (art. 148.1,3ª CE), respecto de determinados preceptos básicos y de aplicación plena, e incluso –lo que parece más discutible- de otros preceptos de aplicación supletoria (pese a lo que establece el art. 149.3 CE). Se produce, con ello, un curioso fenómeno de reviviscencia del Texto Refundido de 1976, y sus Reglamentos (cit. en la nota precedente), como Derecho supletorio de la legislación autonómica en la materia.

61/1997, de 20 de marzo, abre paso a la legislación autonómica en materia de “urbanismo”, asumida con carácter de exclusividad en virtud de este título competencial, por todas las Comunidades Autónomas, en su respectivo Estatuto de Autonomía¹⁴¹.

Existe, no obstante, en virtud de determinados títulos competenciales que la CE atribuye al Estado (art. 149.1.1ª, 8ª, 13ª, 18ª y 23ª, fundamentalmente), una normativa legal estatal reguladora del suelo, contenida inicialmente –tras la citada sentencia constitucional 61/1997- en la Ley 6/1998, de 13 de abril, y después en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, actualmente refundida en un texto legal único –con otros preceptos subsistentes de la Ley del Suelo-Texto Refundido de 1992-, en un Texto Refundido aprobado por el RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio (recientemente modificado por la Ley 8/2013). Normativa estatal ésta que, dado su carácter básico y aunque no es propiamente urbanística, enmarca y condiciona a la legislación urbanística autonómica. Como cierre de este doble régimen normativo –estatal del suelo y autonómico urbanístico-, cabe decir, con L. MARTÍN REBOLLO¹⁴², que como Derecho supletorio será aplicable el Texto Refundido de la LS estatal de 1976 y los Reglamentos de 1978 que desarrollaban esta Ley y que antes se han citado.

III. EL ESTATUTO CONTENIDO EN EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO

¹⁴¹ La legislación urbanística vigente en el territorio de cada Comunidad Autónoma se halla contenida en las Leyes que a continuación se citan (que, por lo general, contienen asimismo la regulación aplicable a la “ordenación del territorio” regional correspondiente a su ámbito espacial): *Andalucía*, Ley 7/2002, de 17 de diciembre (modificada por la Ley 2/2012, de 30 de enero); *Aragón*, Ley 3/2009, de 17 de junio; *Asturias*, Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril (Texto Refundido); *Canarias*, Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo (Texto Refundido); *Cantabria*, Ley 2/2001, de 4 de abril (modificada por la Ley 2/2011, de 4 de abril); *Castilla-La Mancha*, Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo (Texto Refundido); *Castilla y León*, Ley 5/1999, de 8 de abril (modificada por la Ley 4/2008, de 15 de septiembre); *Cataluña*, Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto (Texto Refundido); *Extremadura*, Ley 15/2001, de 14 de diciembre (modificada por la Ley 9/2010, de 18 de octubre); *Galicia*, Ley 9/2002, de 30 de diciembre (modificada por la Ley 2/2010, de 25 de marzo); *La Rioja*, Ley 5/2006, de 2 de mayo; *Madrid*, Ley 9/2001, de 17 de julio; *Murcia*, Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio (Texto Refundido); *Navarra*, Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre (modificada por la Ley Foral 6/2009, de 5 de junio); *País Vasco*, Ley 2/2006, de 30 de junio; y *Comunidad Valenciana*, Ley 16/2005, de 30 de diciembre.

A esta diversidad territorial de Leyes urbanísticas subyace, no obstante, la estructura técnica de la Ley estatal del Suelo de 1976, subsistente como *Derecho supletorio* de aquéllas por mor de la sentencia constitucional 61/1997, que además la ha constituido en, como dice BAÑO LEÓN, J.Mª, *Derecho perenne*, porque, según dicha sentencia, el Estado no tiene competencia para derogar esta Ley (*Derecho Urbanístico Común*, Edit. Iustel, 2009, pág. 50).

¹⁴² *Leyes Administrativas*, Edit. Aranzadi-Thomson, 2010, pág. 2127.

De lo expuesto de modo general en los capítulos precedentes, se sigue que el fenómeno de diversificación del dominio –expresado en la ya clásica formulación, en la doctrina civilista, de JOSSELAND y PUGLIATTI¹⁴³- no supone la ruptura de la propiedad en sentido unitario, esto es, institucional y conceptual, pese a que cierto sector de la doctrina se haya manifestado en el sentido de que la propiedad, dada la diversidad de regulaciones jurídico-normativas según distintos tipos o categorías de bienes (“propiedades”), y considera que en realidad ha venido a disolverse como instituto jurídico unitario (“propiedad”). Cuando menos, parece indudable que, conforme a la Constitución de 1978 y su reconocimiento del derecho a (y de) la propiedad privada, existe un “*quid común*” –como dice el profesor Díez PICAZO- a cualquier tipo de regulación legal, ya que en todo caso su regulación de desarrollo ha de respetar el “contenido esencial” unitario e identificable tradicionalmente y de modo general, en las facultades de uso, disfrute y disposición de la cosa, sea cual sea ésta.

La existencia, así pues, de una diversidad de regulaciones jurídico-normativas, sobre diversas categorías o clases de bienes objeto de propiedad privada, no supone una ruptura ni disolución de la unidad conceptual e institucional de este paradigmático tipo de derecho subjetivo patrimonial, sino su adecuación a la *funcionalidad* o, si se quiere, operatividad, que haya de cumplir la clase o categoría de bien legalmente regulada¹⁴⁴. Funcionalidad del bien de la que, como también se ha señalado antes de modo general, depende no solo la regulación del contenido, sino también de la función social que, en el *ejercicio* del propio derecho (arts. 33.2 y 53.1 CE), el tipo de bien haya de cumplir. No es, en efecto, la misma función la que cumplen, fundamentalmente, los bienes de consumo o de uso necesario –por ello promovido legalmente para que sea generalizada- que los bienes de producción y, entre éstos, la tierra o suelo¹⁴⁵.

La propiedad urbana es, se dice, atendiendo a su régimen jurídico, una propiedad “estatutaria”, cuyo contenido en facultades viene modulada por un determinado régimen o estatuto jurídico-normativo a ella aplicable especialmente.

Así, por lo que se refiere específicamente a la propiedad del suelo, el contenido, esto es, el *ius utendi et fruendi* del propietario, viene regulado y

¹⁴³ *Supra*, Capítulo Segundo, epígrafe I y la nota 30.

¹⁴⁴ A “la diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con significado y alcance diversos”, se refiere la sentencia constitucional 37/1987, de 26 de marzo –FJ 2- (sobre la Ley andaluza de Reforma Agraria), citada *supra* (Capítulo Segundo, epígrafe II, 2).

¹⁴⁵ Véanse las consideraciones que, sobre esta clasificación de bienes, se ha hecho en el Capítulo precedente (epígrafe II), a propósito de la diversa función social que, por ende, cumplen.

afectado legalmente, por el citado Texto Refundido de la Ley estatal de Suelo (RD Legislativo 2/2008), atendiendo a dos factores: uno, primordial, constituido por la “situación básica” del suelo, que difiere según que sea éste rural – materialmente, rústico-, o urbano, sea éste potencialmente –mediante la transformación urbanística de suelo rural-, o bien ya transformado o urbanizado. A partir de este factor o elemento –fáctico-, el uso y aprovechamiento del suelo, o si se quiere, de la propiedad urbana, dependerá de lo que establezca la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma; y a este respecto será fundamental:

- respecto al *contenido* de la propiedad urbana, la fijación conforme a la correspondiente Ley autonómica de un determinado *uso* o destino a que venga vinculado o afectado el suelo o terreno de que se trate, con un determinado volumen de edificabilidad; parámetros ambos que definen, así, el *alcance* del *ius utendi et fruendi* de la propiedad urbana, según la Ley (urbanística autonómica) y las normas administrativas (plan, ordenanzas), en su aplicación a un determinado terreno o suelo de dominio privado. De esta forma, viene configurado o “delimitado” el contenido y extensión en facultades de la propiedad privada, en función de ambos parámetros jurídico-normativos (y técnicos).

- De otra parte, y dado que la propiedad urbana está llamada a servir, en virtud de la función social que, asimismo, ha de cumplir respecto a los intereses generales o públicos, es indudable que ha de ser también la Ley –estatal básica y la autonómica urbanística- la norma idónea para establecer las limitaciones, deberes y cargas que graven el *ejercicio* del derecho de dominio, en función de este otro tipo de intereses sociales o públicos a que asimismo ha de atender específicamente la propiedad urbana.

Es así como, en nuestro ordenamiento actual se configura y manifiesta la llamada concepción “estatutaria” de la propiedad del suelo y, en especial, de la propiedad urbana. Concepción que ya adoptaba la legislación del suelo precedente¹⁴⁶ y que, sustancialmente, mantiene el binomio legal actualmente existente. Bien expresivo de ello es la vigente Ley estatal de Suelo de 2007-2008 cuando dice que:

¹⁴⁶ Fundamentalmente, desde la Ley del Suelo de 1956 (arts. 61 a 71), que revisa la Ley del Suelo, reforma de 1975 y texto refundido de 1976 (en sus arts. 76 a 88), y la reforma de 1990, texto refundido de 1992 (arts. 9 y ss), antes citados. Con el límite del respeto al “contenido esencial” – dice BAÑO LEÓN, J. M^a-, la concepción estatutaria, de clara resonancia italiana (Pugliatti), es similar a la Ley del Suelo de 1956, cuya Exposición de Motivos explicaba así el entendimiento de la propiedad del suelo: “La Ley configura las facultades dominicales sobre los terrenos según su calificación urbanística, constituyendo un estatuto jurídico del suelo, según su situación y destino. Las limitaciones y deberes que implica definen el contenido normal de la propiedad según su naturaleza urbana y, por tanto, no da lugar a indemnización” (*Derecho Urbanístico Común*, Edit. Iustel, 2009, pág. 336).

“El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística” (artículo 7.1).

Y cuando, de modo general se refiere a las facultades troncales constitutivas del contenido esencial de la propiedad, establece (en su artículo 8.1) que:

“El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien. Comprende asimismo la facultad de disposición”. (Como es natural condicionando su ejercicio a los límites que la Ley establece; e incluyendo en la propiedad urbana –de suelo urbano y de urbanizable- el *ius aedificandi* o facultad de construir o edificar para uso o usos determinados, como facultad del propietario).

Vemos, pues, cómo el régimen estatutario de la propiedad urbana incluye estas normas -que establecen las “condiciones básicas” reguladoras de la propiedad del suelo- contenidas en la Ley estatal, que hay que completar con la ordenación que cada Ley urbanística autonómica establece para su respectivo ámbito territorial; así como de modo más específico y operativo, las normas y planes urbanísticos –locales- que la desarrollan. La Ley estatal establece así un estatuto básico de la propiedad del suelo –regulador de los derechos y deberes de los propietarios de suelo en todo el territorio nacional-, que la legislación urbanística complementa con la regulación legal, en cada Comunidad Autónoma, de las técnicas urbanísticas propiamente dichas –planes, técnicas de gestión, licencias, etc.-, que finalmente y de modo concreto, han de aplicarse en cada municipio, en atención todo ello no solo a intereses de los propietarios, sino también a intereses de la comunidad local (función social).

De esta manera, el binomio normativo ley y plan urbanístico ha venido a modular o alterar, respecto a la propiedad urbana, el sentido tradicional del derecho de propiedad, si no en su definición legal genérica (art. 348 del Código Civil), sí en la inversión o alteración de la relación existente entre el suelo y las construcciones (*ius aedificandi*), hasta el punto de que, como ha considerado la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, la s. 30 de octubre de 1980), ahora no es el suelo el que ostenta el valor fundamental y el que ejerce la *vis atractiva*, primando las conveniencias del desarrollo urbanístico sobre la

mera “conveniencia” individual del propietario (a que remitía el Código Civil, en su artículo 350, la realización de cualquier clase de obras en su terreno)¹⁴⁷.

1. La ordenación jurídica de la propiedad urbana

a) La legislación del suelo –estatal y autonómica, en sus respectivas perspectivas competenciales (*supra*)- y los planes urbanísticos integran, así pues, la ordenación “estatutaria” de la propiedad urbana. La generalidad y abstracción propias de las leyes determinan, sin embargo, que la ordenación urbanística no se agote en la normativa de rango legal e integre también los llamados planes de ordenación urbana. El reenvío de las Leyes urbanísticas al planeamiento hace posible *concretar* en el espacio y atendiendo a las características propias del suelo ordenado, las normas contenidas en el régimen legal urbanístico: no solo el uso o destino que corresponde a cada terreno o parcela sino también el grado de su aprovechamiento urbanístico.

Este reenvío o remisión de las leyes urbanísticas a los planes de ordenación urbana se viene estableciendo en nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley del Suelo de 1956 (artículo 61), en términos después reiterados por las Leyes urbanísticas, también estatales, de 1976 (artículo 76) y 1992 (artículo 8), de modo que el ejercicio de las facultades del derecho de propiedad debe realizarse dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley o en virtud de la misma (o por remisión de ella, como decía el texto legal de 1992), por los planes de ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios (o como, con más precisión decía el texto de 1992, “de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los predios”). Fórmula de reenvío que las actuales Leyes urbanísticas –autonómicas- utilizan con esos o parecidos términos: así, la Ley del Suelo de la Región de Murcia, texto de 2001 y refundido de 2005, en su artículo 57.1, según el cual

¹⁴⁷ DÍEZ PICAZO se ha referido, asimismo, a esta evolución o transformación de la relación entre la tierra o suelo y las construcciones, que ha operado la legislación urbanística –desde la Ley del Suelo de 1956- sobre el precepto del artículo 358 CC. “Para la óptica tradicional –dice- la tierra es siempre el valor fundamental. La concepción romanista definía esta relación a través de la máxima *superficie solo cedit*, que todavía hoy recoge el art. 358 de nuestro Código Civil. Hay una especie de *vis* atractiva del suelo sobre lo establecido en él. Hoy tiene que admitirse que el suelo posee un puro valor instrumental. El suelo es un puro elemento de radicación o localización. Esto es perfectamente claro respecto de las construcciones o edificaciones recreativas o de cualquier otro tipo de actividad análoga. Es también claro en el suelo rústico. El suelo rústico es sólo un punto de localización de una empresa agraria. Si esto es así, tendremos que admitir dos cosas que parecen extraordinariamente importantes. La primera es que no es el suelo el valor fundamental y el que debe tener la *vis* atractiva, sino la capacidad de crear riqueza sobre él. En segundo lugar, que el hecho de que un suelo determinado sea un punto óptimo o un punto ventajoso para la radicación de una empresa social de cualquier tipo no es nunca una obra individual, sino una obra social”. (“Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 23, 1971, pág. 30).

“La utilización del suelo deberá producirse en la forma que establece esta Ley y, por remisión a ella, el planeamiento, de conformidad con su clasificación y calificación urbanística”.

Si con arreglo al Código Civil, en su artículo 350, la propiedad de un bien inmueble facultaba a su dueño para hacer en él las obras que le convengan y decidir, en consecuencia y según su propio interés, la transformación de un suelo rústico en urbano, esta operación sólo podrá hacerla ahora de conformidad con la legislación urbanística y en concreto por el plan de ordenación. Es el plan urbanístico el que clasifica el suelo en áreas de suelo urbano, urbanizable o no urbanizable, previendo asimismo la posibilidad de obras de urbanización en los dos primeros tipos de suelo, así como de edificación o construcción en determinadas parcelas o fincas, como también la conservación y protección de suelos de naturaleza rústica¹⁴⁸.

El *ius utendi et fruendi* del propietario no puede ejercitarlos éste de forma libre y a su mera conveniencia, como había previsto el citado precepto del Código Civil con determinadas limitaciones, según el régimen propio de este Código, sino bajo precisas determinaciones ahora contenidas en la ordenación urbanística, esto es, por la Ley y de modo concreto por el plan de ordenación. Es éste el que determina específicamente dónde se puede edificar y de qué manera, qué uso o destino es posible realizar en un suelo, qué tipo de construcción o edificación, qué volumen puede construirse, qué porcentaje de terreno puede ocuparse por la construcción, etc. La propiedad inmobiliaria urbana no responde, pues, al esquema propio de nuestro *corpus civile*, sino a una precisa delimitación y configuración del derecho de dominio, cuyo contenido y ejercicio por su titular ha de realizarse dentro de los límites definidos por dicha ordenación¹⁴⁹ y, por lo mismo, ajustarse estrictamente a las

¹⁴⁸ La ordenación urbanística del suelo se configura así como una función pública, esto es, atribuida a los poderes públicos –incluida la Administración, como titular de la potestad de planeamiento urbanístico–, por lo que, como dice la sentencia del TS de 16 de diciembre de 1985, lo que en el Código Civil se refería a la mera “conveniencia” del propietario se transfiere a una decisión pública, hasta el punto de que se ha producido una disociación entre la propiedad del suelo y las decisiones urbanísticas relativas al mismo. (LÓPEZ PELLICER, J.A.: “La función social de la propiedad inmueble en el orden urbanístico”, en Libro *Homenaje al Profesor J. ROCA JUAN*, Universidad de Murcia y Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, 1989, pág. 443).

¹⁴⁹ Precisamente por eso –dice T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ–, porque se trata de definir los límites o fronteras y no de recortar algo previamente, es por lo que el artículo 3.1 [de la Ley de Suelo, texto refundido de 2008] afirma que la ordenación urbanística [...] no da derecho a indemnización, derecho que sólo puede surgir en los casos de ablación, recorte o privación de un derecho previamente delimitado con mayor extensión (excepcionalmente en los supuestos previstos en el artículo 35). (*Manual de Derecho Urbanístico*, cit. *supra*, pág. 119). Las Leyes del Suelo de 1956 (art. 70) y 1976 (art. 87) añadían, por ello, que tales límites “definen el contenido normal de la propiedad ...”. (Sobre el concepto de “contenido normal” delimitado legalmente, remitimos a lo expuesto *supra*, en el Capítulo Segundo, epígrafe II.2).

determinaciones que este complejo conjunto normativo –Ley y plan- establece como estatuto urbanístico de la propiedad urbana.

Ahora bien, esa delimitación o configuración que el ordenamiento urbanístico hace del contenido de la propiedad urbana, plantea una cuestión de especial interés: la de si este tipo de propiedad no tiene más facultades que las posibilitadas por el plan, según el tipo de uso o destino fijado por éste al terreno, o si el *ius utendi et fruendi*, consistente fundamentalmente en el *ius aedificandi*, es incluso previo a la existencia del plan urbanístico. El contenido básico e inicial del derecho de propiedad es, según un importante sector de la doctrina, especialmente iusadministrativista, el que corresponde a la utilización y aprovechamiento rústico del terreno (agrario, ganadero, forestal); cualquier otro uso y aprovechamiento que no sea éste –digamos, natural-, como el transformativo o constructivo, en el caso de que no venga asignado directamente por la Ley (como hacía la Ley del Suelo de 1956, cuyo artículo 69 atribuía un índice de edificabilidad del 0,2 m³xm², incluso en suelo rústico), ha de atribuirse por los planes de ordenación, en virtud del reenvío que la Ley hace a éstos¹⁵⁰.

Lo que, en todo caso, nos parece necesario considerar es que el plan de ordenación no constituye por sí solo el título habilitante que otorgue las facultades de utilización y aprovechamiento urbanístico de la propiedad fundiaria. El reconocimiento del *ius aedificandi* se contiene en *la ley*, por lo que no emana del planeamiento urbanístico, siendo por ello su existencia previa a éste, anterior al plan. Así resultaba de la Ley del Suelo de 1976 y así resulta también, como se verá más adelante, de la vigente Ley estatal del Suelo (texto de 2008) y de la legislación urbanística (autonómica).

¹⁵⁰ La Ley parte de una situación basada en la realidad estricta, en la mera naturaleza, y que considera esa realidad natural como el único contenido inicial de la propiedad; la ordenación urbanística adiciona contenidos que no están en la naturaleza y que dependen de una voluntad exterior y ajena a la del propietario, la voluntad del legislador y la del planificador (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual ... cit*, pág. 119 y s). Sin una determinación pública, de la Ley y del plan urbanístico, el propietario carece de facultades de transformación y construcción del suelo. El plan, considera en este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, no es una limitación de una supuesta facultad absoluta del propietario al aprovechamiento urbanístico de su fundo [...], sino que realmente *otorga* las posibilidades de aprovechamiento urbanístico que antes del plan no existían. (“Actuación pública y actuación privada en Derecho Urbanístico”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 1 (1974), pág. 86 y ss); asimismo en *Lecciones de Derecho Urbanístico*, en colaboración con L. PAREJO ALFONSO, I, Edit. Cívitas, 1979, pág. 414 . En la doctrina civilista, *vid.* las consideraciones críticas que hace en la doctrina, CARRASCO PERERA, A., en su libro *Relaciones Civiles con Contenido Urbanístico*, Edit. Aranzadi, 1999, pág. 44 y ss.

Asimismo, en similar sentido, la jurisprudencia ha considerado que el contenido de la propiedad urbana es el definido por el plan: que no hay en la propiedad urbanística más facultades que las posibilitadas por la Ley y el plan, según el uso fijado por éste al terreno (así, entre otras, las sentencias del TS de 4 de noviembre de 1974 y de 28 de enero de 1977).

Por lo que se refiere a la Ley del Suelo de 1976, así cabía –y cabe- deducirlo, entre otros preceptos, de sus artículos 74 y 82-1º, en los cuales se admitía expresamente la posibilidad de edificar en municipios en que no existiere plan, si bien dentro de unos límites generales –altura de la edificación, urbanización de los terrenos- que directamente establecía la propia Ley. En cuyo supuesto no puede decirse, por lo tanto, que las facultades de edificar del propietario tuviesen su fuente en el plan; por lo que, cuando éste existe, lo que hace, de modo complementario a la Ley, el plan es condicionar y limitar el ejercicio de las facultades del derecho de propiedad preexistente, como tal derecho. A mayor abundamiento, el artículo 105.2 del propio texto legal también establecía que, en el supuesto de falta de plan, el aprovechamiento que había de calcularse para computar, en suelo urbano, el importe de una indemnización expropiatoria, sería el de 3 m³/m²¹⁵¹.

En el ordenamiento actual, la Ley de Suelo estatal (2008) regula las que denomina “situaciones básicas de suelo”, que define –en su artículo 12- atendiendo a la realidad física de éste, distinguiendo entre el “suelo rural”, que es el materialmente rústico, y el “suelo urbanizado”, esto es, el ya transformado por las obras de urbanización. Por lo que respecta al primero, el rural o rústico, interesa resaltar que –a excepción del que está protegido, excluido por ello de urbanización, y que tiene carácter reglado (art. 12.2,a)-, la Ley admite en principio la posibilidad de su transformación urbanística, mediante actuaciones de urbanización, en la medida en que sea necesario para el desarrollo urbano previsible (art. 12.2,b, en conexión con el 10,a). Como es lógico, habrá de ser la ordenación urbanística contenida en la Ley (autonómica) y en el plan urbanístico, la que habrá de completar la normativa estatal en punto a la clasificación de ese suelo rural, mas susceptible en principio de transformación urbanística, como suelo “urbanizable”, según después se verá. Lo que interesa resaltar ahora es que, aún tratándose de un suelo materialmente rústico, o en “situación básica de suelo rural” como lo califica la Ley estatal, en principio la propiedad fundiaria integra en su contenido ese *ius mutationis* urbanístico, que encierra implícitamente la posibilidad de llevar a cabo su urbanización y edificación; de conformidad, estas obras, en todos caso, con la ordenación urbanística autonómica (Ley) y municipal (plan).

Sólo quedaría, en todo caso, excluido de este tipo de actuaciones urbanísticas, como se ha indicado, el suelo rural protegido, que la legislación

¹⁵¹ LÓPEZ PELLICER, J.A., “La función social ...”, en *ob. cit.*, pág. 445, donde se cita a GARRIDO FALLA (para quien el reconocimiento del *ius aedificandi* se contiene en la Ley del Suelo -de 1976- incluso con carácter previo al plan (*Revista de Derecho Urbanístico* nº 12, pág. 124) y a GONZÁLEZ BERENGUER (que respecto a la afirmación contenida en el preámbulo de dicha Ley, que dice que “la aptitud para edificar surge del Plan”, dice que el *ius aedificandi* no emana del planeamiento, citando como base de esta afirmación los artículos 74, 81, 83 y 105.2 de la LS de 1976 (en el nº 55 de la cit. *Revista*, pág. 81). En la doctrina civilista, VATTIER FUENZALIDA, C., “Propiedad privada y régimen del suelo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 611 (1992), pág. 2547 y ss.

urbanística (autonómica) por lo general clasifica, por ello, como suelo “no urbanizable”. Pero, sin perjuicio de esta salvedad, nuestro vigente ordenamiento jurídico del suelo parte del reconocimiento, en el contenido de la propiedad fundiaria, de la facultad o posibilidad –legal- de un uso y aprovechamiento urbanístico de la misma, si bien en la medida en que sea necesario para el desarrollo urbano. La incidencia del planeamiento local, en orden a concretar y especificar el contenido de este derecho sobre determinadas fincas o parcelas, permite más bien completar el proceso de delimitación, o fijación de los “límites” de la propiedad fundiaria, en que esa facultad y, en definitiva, este derecho podrá ejercitarse, cumpliendo asimismo los deberes y cargas (función social) establecidos por la legislación del suelo. El plan urbanístico no concede, pues, esa facultad de uso y aprovechamiento urbanístico, delimitada por la ley (estatal y complementariamente por la autonómica propiamente urbanística); ley que, además, es el único instrumento jurídico-normativo hábil para imponer deberes y cargas, de modo general, a los propietarios de suelo. El plan de ordenación urbana, como vamos a ver, tiene como cometido y función propia, aplicar y hacer operativo el régimen del suelo establecido por normas con rango de ley formal; reconociendo por ello el plan ese *ius mutationis* urbanístico y, por ende, el *ius aedificandi*, si bien en la medida en que el suelo incluido en la propiedad urbana sea el necesario para el desarrollo de la ciudad; y sin perjuicio del *ius aedificandi* propio y característico del suelo rural, también necesario para el servicio de las explotaciones agrarias y ganaderas, forestales, etc.

La tesis de que la facultad de edificar es inherente al dominio del suelo ha de matizarse así, a nuestro juicio, en el sentido de que su preexistencia al plan no solo no supone desconexión con la ley –sin la cual no habría poder jurídico-, sino que el plan urbanístico habrá de concretar y justificar de modo razonado la necesidad de suelo urbano y urbanizable a efecto de delimitar el que sea preciso transformar y edificar en esos tipos de suelo¹⁵².

Más adelante (en el epígrafe IV.2 de este mismo capítulo) se trata de la regulación de la facultad de edificar reconocida en la vigente legislación estatal del suelo y de la edificación.

¹⁵² La referencia que tradicionalmente se ha hecho al artículo 350 CC para mantener la tesis de inherencia del *ius aedificandi* en la propiedad del suelo ha de ser corregida, aun cuando dicho artículo legal, como dice TORRES LANA, J.A., contiene el germen de una conexión de esta facultad con el Derecho urbanístico, al subordinar su ejercicio a los “reglamentos de policía”, porque permite asimilar, sin esfuerzo notable, el régimen que el urbanismo impone (*La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Edit. Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1975, pág. 140 y s). Un intento de reinterpretación del art. 350 CC a la luz de la legislación del suelo, lleva a considerar a PÉREZ PÉREZ, E., que la facultad de edificar o construir del propietario de un terreno, preexiste al plan (*La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Edit. Bosch, 2ª edición, 2004, pág. 76 y ss).

2. Sumaria referencia a los planes urbanísticos de ordenación

Especial mención, aunque ésta sea abreviada, parece conveniente hacer a este tipo de planes, en cuanto parte de la ordenación jurídico-urbanística que cristaliza positivamente esa concepción “estatutaria” de la propiedad urbana, en virtud del reenvío que la legislación urbanística hace a los planes de ordenación; reenvío éste que, dada la abstracción propia de las leyes, hace posible el desarrollo y concreción del contenido en aprovechamiento urbanístico de la propiedad urbana.

La naturaleza normativa de este tipo de planes¹⁵³, no responde, sin embargo, estrictamente al concepto de norma jurídica, debido a las singularidades de su régimen legal. No parece necesario aquí referirse a ellas (publicidad, régimen de impugnación, etc.), aunque sí a la concreción que, respecto al suelo ordenado, tiene en su contenido y el régimen legal –en cuanto tal, abstracto y general- referente al uso y aprovechamiento urbanístico, que el plan de ordenación asigna de modo *concreto* a cada una de las distintas zonas y áreas de suelo ordenado. Singularidad ésta, de establecer el plan en definitiva una ordenación urbanística *detallada* en el espacio, que justifica el que se le haya calificado también en su aspecto material como norma y acto, simultáneamente; así como, respecto al factor tiempo, el que sea una norma específicamente operativa, ya que también integra y programa su propia ejecución¹⁵⁴.

La diversidad tipológica de planes urbanísticos y de leyes autonómicas reguladoras –a que antes se ha hecho referencia (en la nota 141)- impide hacer en este lugar una exposición más o menos detallada de planes de ordenación existentes en nuestro ordenamiento. Parece, no obstante, suficiente al objeto del presente trabajo, distinguir en términos generales, dos tipos de planes regulados en todas esas leyes urbanísticas, y que provienen de la legislación estatal precedente (Leyes de Suelo de 1956, 1976 y 1992). Existe, en primer lugar, un *plan general*, previsto para todo el ámbito espacial de cada municipio, que se configura como una ordenación integral, de todo el territorio o término

¹⁵³ El Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, así lo ha afirmado, entre otras, en la de 20 de mayo de 1999, que cita otras precedentes, así como en las más recientes de 16 y 22 de noviembre de 2006, 11 de diciembre de 2009, etc. También el Tribunal Constitucional, en sentencia de 13 de mayo de 1986, afirma que “el planeamiento urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico”.

¹⁵⁴ El plan prefigura, en este sentido, el desarrollo de la ordenación urbanística del territorio planeado y, por tanto, el proceso de su ulterior ejecución. Se ha dicho por ello, de manera expresiva, que así como un reglamento se aplica, el plan se aplica y se ejecuta al mismo tiempo, porque precisamente sus previsiones constituyen la formulación de lo que ha de ser una realidad material, para cuya ejecución es preciso aplicar unas normas del modo establecido. De aquí que se haya calificado también el plan urbanístico como “norma de ejecución”, en cuanto programa su propio desarrollo en el espacio y en el tiempo (LÓPEZ PELLICER, J.A.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, II (2), Edit. DM, Murcia, 2002, págs. 221 y s).

municipal, y que esencialmente cumple tres funciones: la de clasificar el suelo de todo éste, a efecto de aplicar a cada clase de suelo (urbano, urbanizable o no urbanizable) el régimen urbanístico correspondiente; otra función es la de determinar los llamados “sistemas generales”, que han de servir a toda la comunidad urbana y en conexión con la más amplia ordenación del territorio, regional e incluso nacional (sistema de comunicaciones, de infraestructuras y redes de servicios, de espacios libres y de equipamiento comunitario); así como la función de proyectar en el tiempo y en el espacio, mediante un “programa” que prevea el desarrollo y ejecución del propio plan.

Ahora bien, como el plan general contiene normalmente una ordenación *detallada* directa e inmediatamente aplicable en suelo clasificado como “urbano”, pero no así en el suelo “urbanizable”, la legislación urbanística (ahora autonómica) también regula otro tipo de plan, llamado *plan parcial*, que tiene por objeto establecer, para esta última clase de suelo, la ordenación detallada de una parte o “sector” del mismo, para desarrollar o completar la ordenación global o genérica del plan general respecto a esta clase de suelo¹⁵⁵.

3. Facultades integrantes del contenido de la propiedad urbana

Las facultades que de forma genérica determina el Código Civil, en su artículo 348, como “gozar y disponer de una cosa” y que definen medularmente el ámbito jurídico de actuación del propietario¹⁵⁶, se proyectan en la propiedad urbana sobre el suelo objeto de la misma y las actuaciones de urbanización y de edificación a realizar en él, fundamentalmente mediante la asignación que el plan hace de determinados usos y aprovechamientos urbanísticos.

Este *ius utendi et fruendi* urbanístico faculta, pues, al dueño para usar y aprovechar la finca, por sí mismo (*ut dominus*) o bien para ceder su uso o disfrute a otra persona (a título de usufructo o de constitución de un derecho de superficie, pongamos por caso), como de manera general es sabido. Asimismo es conocida la temática que plantea el precepto del artículo 350 del propio

¹⁵⁵ La legislación urbanística prevé, en general, otros tipos de planes de desarrollo del plan general, llamados “especiales”, de carácter sectorial, ya que tienen por objeto la regulación de determinados elementos o aspectos relevantes del territorio, aunque a diferencia de los planes parciales no sólo tienen por objeto el desarrollo de los planes generales, sino otros niveles de ordenación, como los planes territoriales, y que incluso pueden ser independientes de cualquiera de los tipos de planes anteriores; por lo que cumplen en definitiva una *función múltiple*, polivalente, y no exclusivamente ejecutiva de los planes generales. Asimismo se regula, por lo general, la figura de los llamados “estudios de detalle”, que tienen por objeto simplemente completar o, en su caso, adaptar ciertas determinaciones establecidas en los planes generales para el suelo urbano y en los planes parciales (alineaciones de las vías urbanas, forma como han de disponerse los volúmenes edificables).

¹⁵⁶ *Ut supra*, véanse las consideraciones que, en términos generales, se han hecho en el Capítulo Segundo, epígrafe III, apartado 1.

Código y la cuestión de límites que, tratándose de terrenos o fincas, son no solo naturales sino también jurídicos, de modo general, como precedentemente se ha considerado. También se ha aludido a que la posibilidad inicial de realizar el propietario de un terreno las obras que a su interés convengan viene sujeta en el ordenamiento actual por la incidencia de la legislación del suelo y urbanística, que específicamente delimitan la propiedad urbana, mediante el juego combinado de la ley y el plan urbanístico.

La Ley estatal de Suelo (texto refundido de 2008) reconoce de modo general, como condición básica de igualdad de todos en el ejercicio del derecho constitucional (art. 149.1.1º CE) de propiedad privada en todo el territorio nacional, las facultades de uso, disfrute y explotación ínsitas en la propiedad del suelo, atendiendo al estado, clasificación y características objetivas, así como a su destino, conforme a la legislación aplicable según las características y situación del bien (art. 8.1, pfo 1). Reenvío éste que es consecuente al carácter estatutario del derecho de propiedad privada y que, por lo pronto, supone la delimitación y distinción de la propiedad urbana, cuyo régimen establece la legislación territorial y urbanística (autonómica), a que por ello remite la misma Ley estatal, en su artículo 7.1.

a) Por lo que se refiere al *ius utendi* de la propiedad urbana, su ejercicio, condicionado por la ordenación urbanística, puede venir fijado ya de una manera uniforme, cuando el destino de la finca venga absolutamente predeterminado por el plan urbanístico, o bien de una manera opcional o alternativa, cuando el plan admita una diversidad de posibles usos o actividades, entre los cuales por lo tanto el propietario podrá elegir el tipo de uso que a su interés convenga, dentro de los admitidos por esa ordenación. En el primer supuesto, el propietario no será libre por ello para fijar el uso o destino de su finca; en el segundo podrá elegir, dentro de la pluralidad de usos admitidos por el plan, en la zona en que la finca se halle situada, aquel tipo de uso o destino que considere más favorable o beneficioso para su interés.

Ahora bien, sin perjuicio de esto, la vigente Ley estatal de Suelo-TR de 2008, según la concepción estatutaria de la propiedad del suelo, establece que el régimen urbanístico de este tipo de propiedad es al que corresponde determinar y fijar “su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística” (art. 7.1). Será, pues, el binomio normativo, ley (autonómica) y plan de ordenación, el que regulará esa vinculación del suelo a determinados usos (privados: residencial, industrial, etc.; y públicos, viario, equipamientos ...) a que el suelo se destine, de modo general, según zonas (*zonificación*) e incluso de modo concreto, respecto a cada terreno, finca o parcela, según el tipo de uso que el plan urbanístico establezca y que le corresponda según la “zona” en que el suelo o terreno se halla situado (según la *calificación urbanística* correspondiente, *infra*).

Ni que decir que esta “vinculación del suelo a concretos destinos” limita como se ha indicado el *ius utendi* de la propiedad urbana, por lo que el propietario podrá llevar a cabo el ejercicio de su derecho, a este respecto, en la medida en que la ordenación urbanística le permita entre varios posibles usos, aquel que considere conveniente a su particular interés privado. La delimitación normativa de la facultad de ese *ius utendi* urbanístico, en caso de que el plan fije concretamente un solo tipo de uso, excluirá por ende al propietario de toda alternativa a cualquier otro destino que no sea el asignado, de forma absolutamente reglada, por el mismo plan. Y en último término, y como se verá más adelante, en el supuesto de que éste destine el suelo para un uso público, y por ello no rentable para su dueño, éste tendrá derecho a que esta carga urbanística sea repartida (en virtud del principio de equidistribución, artículo 8.1,c, que por lo general se instrumenta mediante reparcelación, *infra*) o, en otro caso, a ser indemnizado por la Administración (en cuanto limitación o vinculación singular: art. 35,b, Ley de Suelo citada).

b) De otra parte, las posibilidades de utilización de la propiedad urbana también vienen condicionadas por los límites fijados por la ordenación urbanística –ley y plan- a la *edificabilidad*, o no, de los terrenos, y en el primer supuesto por la mayor o menor intensidad del volumen susceptible de ser edificado o construido, según el plan. El tipo de uso o actividad (residencial, industrial, etc.) permitida por la ordenación, combinado con la “intensidad” (alta, media, baja ...) del uso de que se trate, dará lugar en definitiva al aprovechamiento urbanístico definitorio del *ius fruendi* asignado a un determinado suelo, terreno o finca. De esta forma, la ordenación urbanística y en concreto el plan establece el *quantum* de edificabilidad que corresponde a cada terreno o parcela y, por ende, a su propietario, del que tampoco podrá ser privado sino de conformidad con la ley¹⁵⁷. La previsión de edificabilidad viene, sin embargo, legalmente subordinada, para que pueda efectivamente materializarse en la edificación del suelo, a que la propiedad cumpla determinados deberes legales condicionantes de la urbanización.

La propia Ley estatal de Suelo también reconoce este *ius fruendi* urbanístico, en la explícita referencia que hace a la “facultad de edificar” en suelo urbanizado¹⁵⁸ cuando la ordenación territorial y urbanística –autonómica-

¹⁵⁷ La Ley dota de contenido al *ius aedificandi*, pero con respeto del “contenido esencial” (art. 53.1 CE), cuya concreción corresponde a la Administración, de conformidad a aquella y mediante el plan de ordenación urbana, bajo el control de los tribunales (art. 106.1 CE).

¹⁵⁸ En terrenos que constituyan una “unidad apta para ello ...”, como decía dicha Ley, TR de 2008, en su artículo 8.1,b), artículos ambos a los que da nueva redacción la Ley 8/2013, de 26 de junio, lo que no es óbice a que en suelo urbanizado se reconozca la facultad de edificar (que en la actual redacción del art. 8, pasa a su apartado 5,b).

atribuye al terreno “edificabilidad para uso o usos determinados y se cumplan los demás requisitos y condiciones establecidos para edificar” (art. 8.1,b, en conexión con el art. 6,c, y el 7.2 de la Ley de Suelo citada, aunque este último no parece coherente con aquél, como se verá más adelante). Se reconoce así, de modo general, el *ius aedificandi*, como facultad que integra también el contenido del derecho de propiedad del suelo, aun cuando el ejercicio de este derecho venga también legalmente condicionado al cumplimiento de los deberes y cargas (función social) que la propia Ley de Suelo y la legislación urbanística establecen.

Por lo demás, la conexión del genérico precepto del artículo 348 del Código Civil con el específico *ratione materiae*, que, respecto a la propiedad del suelo, contiene, explicitando las facultades de ésta, el artículo 8 –y concordantes- de la citada Ley estatal de Suelo, ha de completarse con la conexión que asimismo ha de hacerse entre el artículo 350 del CC y el propio artículo 8 de la Ley estatal de Suelo, que en su apartado 2 delimita el alcance vertical de la propiedad del suelo, al establecer que “las facultades del apartado anterior (de uso, edificación y urbanización del suelo) alcanzarán al vuelo y al subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público”. El interés del propietario viene, pues, protegido y alcanza en la delimitación vertical del dominio fundiario hasta donde determina la ordenación urbanística y demás leyes aplicables (en materia de medio ambiente, minería, dominio público, etc.).

Y por último, c) respecto a la facultad de disposición (*ius disponendi*) del propietario de suelo que la Ley de Suelo estatal, TR de 2008, comprende igualmente en el contenido de este derecho (artículo 8.1, *in fine*), sin embargo, además de establecer la prohibición legal de dividir o segregar una finca en contra de la ordenación territorial y urbanística (artículo 17.2)¹⁵⁹, se establece el deber de hacer constar que en la transmisión de fincas, dada la naturaleza objetiva que la ordenación estatutaria de la propiedad urbana tiene, que esa “transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas

¹⁵⁹ Prohibición legal que refuerza el mismo precepto al establecer que “en la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción”.

frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real¹⁶⁰. Se trata, pues, de deberes urbanísticos de carácter real y objetivo, *ob rem*, que el propietario de la finca viene obligado en consecuencia a cumplir, con independencia de quien lo sea en cada momento.

4. Técnicas jurídicas de asignación de usos y edificabilidad a la propiedad inmueble

El modo como se instrumenta jurídicamente la sujeción de la propiedad privada urbana a la ordenación urbanística viene dada mediante la aplicación por el plan general de dos técnicas, que posibilitan el enlace del “régimen urbanístico” legal y la necesaria concreción y singularidad propia y específica que ha de tener la ordenación de determinados terrenos o suelos. Estas técnicas jurídicas son las ya aludidas de la clasificación y la calificación urbanísticas.

La clasificación del suelo, en cuanto técnica propiamente urbanística, se regula por la legislación autonómica en materia de urbanismo, y cumple la función de determinar el régimen urbanístico aplicable a los predios incluidos en cada “clase” de suelo –urbano, urbanizable o no urbanizable- según el plan de ordenación. Por lo tanto, supone la aplicación a los terrenos de un determinado estatuto jurídico urbanístico, variable (tipo de uso y de aprovechamiento, deberes y cargas) según la clase de suelo en que aquéllos se hallan situados.

El concepto de calificación urbanística se limita, por su parte, a determinar y fijar la finalidad o destino a que se adscribe el uso del suelo y, consecuentemente, de las construcciones o edificaciones que, en su caso, en aquél se realicen, según zonas. A este efecto, el concepto de clasificación, cuya base es espacial, se completa con el de “zonificación”, o división del suelo en zonas diferentes según los distintos tipos de usos o actividades que el plan

¹⁶⁰ “2. En las enajenaciones de terrenos, debe hacerse constar en el correspondiente título: a) La situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación o estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda. b) Los deberes legales y las obligaciones pendientes de cumplir, cuando los terrenos estén sujetos a una de las actuaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 14. 3. La infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil” (art. 19.2 y 3 de la Ley de Suelo cit. en el texto). La infracción de estas obligaciones urbanísticas no se sancionan con la nulidad del negocio jurídico, sino con el derecho del adquirente a la rescisión del contrato en dicho plazo y a pedir daños y perjuicios, según la legislación civil, porque esos deberes legales no tienen carácter *ad solemnitatem* (BAÑO LEÓN, J.M^a, *Derecho Urbanístico ...*, pág. 343).

determine (zona residencial, zona industrial, etc., con las subdivisiones que asimismo el plan prevea)¹⁶¹.

Ambas técnicas jurídicas se manejan, pues, por el plan urbanístico, de forma complementaria, a fin de integrar, desde diversas perspectivas, el estatuto o régimen urbanístico aplicable, en definitiva y de modo concreto, a los distintos predios o terrenos. Se explica así la peculiar estructura de la ordenación urbanística, en varios niveles o escalones, de los cuales, y en último término, el plan enlaza de modo operativo y concreto, en el suelo ordenado, mediante la aplicación de esta dualidad de técnicas, el destino y el tipo de aprovechamiento correspondiente a cada predio o terreno¹⁶².

La desigualdad que genera la asignación de usos y aprovechamientos de mayor o menor intensidad, e incluso la fijación de usos no rentables económicamente (lo que se ha dado en denominar la “lotería” del planeamiento), recibe no obstante respuesta en la propia ordenación urbanística, mediante otras técnicas, que tratan de instrumentar jurídicamente la exigencia de distribución justa tanto de los beneficios (fundamentalmente el aprovechamiento urbanístico) como de los deberes y cargas de la ordenación y clasificación del suelo, especialmente al urbanizar éste. Así ha venido estableciéndose por la legislación urbanística estatal precedente (1975-76 y 1990-92) y en la autonómica vigente. La actual Ley estatal de Suelo (texto de 2008) también recoge como contenido de la propiedad del suelo, el derecho de exigir la “equitativa distribución de beneficios y cargas” (art. 8.1,c) –resultantes de la clasificación y calificación del suelo-; derecho que configura también como un deber legal (art. 9.3), en las actuaciones de urbanización (art. 14.1,a), a fin de que

¹⁶¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO, L, en *Lecciones de Derecho Urbanístico*, I, 1979, Edit. Cívitas, pág. 422 y ss. Asimismo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en su *Manual de Derecho Urbanístico*, 21ª edición, 2008, Edit. La Ley-El Consultor, pág. 117 y ss.

Respecto a la asignación de *usos* correspondientes a las diferentes zonas –básicamente, usos residenciales, industriales, servicios y espacios libres- constituye otra determinación básica del plan, que vincula al propietario de suelo, que no es libre por ello de fijar el destino urbanístico de los terrenos, que condiciona de modo obligatorio el “ius utendi” de la propiedad, bien de modo uniforme y rígido, en el supuesto de que el plan admita en la zona de que se trate un solo tipo de uso (en cuyo caso, destino y uso vienen a ser sinónimos), o bien de un modo opcional o alternativo, cuando el destino urbanístico previsto en el plan admita una pluralidad de usos, entre los cuales uno sea el dominante respecto de otros y se excluyan los que el plan fije como incompatibles (por ejemplo, zona residencial destinada a viviendas, como uso dominante, compatible con usos de servicios, pero incompatible con usos industriales). (LÓPEZ PELLICER, J.A., en “La función social ...”, en libro *Homenaje al Prof. ROCA JUAN, J.*, pág. 446).

¹⁶² El destino económico del bien –dice DÍEZ PICAZO, L.- queda prefigurado por obra de la Ley [con referencia al art. 61 de la Ley del Suelo de 1956] y deriva de manera inmediata de la calificación del suelo y de las previsiones contenidas en los planes de ordenación” (“Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 23, 1971, pág. 14).

esa distribución o reparto se efectúe “entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación” (como dice *in fine* el primero de los artículos citados)¹⁶³.

IV. DINÁMICA DE LA PROPIEDAD URBANA

El *ejercicio* del derecho de propiedad urbana viene, según lo expuesto, sujeto a un determinado estatuto o régimen normativo, contenido en la llamada ordenación urbanística –ley y plan, que la dota de concreción y detalle-, que delimita y condiciona la realización en el suelo de obras de urbanización y de edificación, así como la utilización o uso de ésta y de aquéllas. Las facultades inherentes a la propiedad se modulan así, respecto a la propiedad urbana, por esa ordenación urbanística, que no solo plasma en un determinado estatuto sino que también, y en la medida en que esas facultades dominicales se ejercitan, supone la dinamización de la propiedad del suelo. La propiedad entra en un proceso, primero de urbanización, que lógica y legalmente ha de anteceder a la edificación y uso del suelo –una vez urbanizado- y de las construcciones.

La propiedad urbana –del suelo urbano y del suelo urbanizable- supone, de esta manera, una dinámica, que se produce como consecuencia del *ejercicio* de esas facultades de utilización y aprovechamiento urbanístico del suelo conforme a esa ordenación urbanística, legalmente condicionante. El suelo entra así en un proceso de transformación, que tiene lugar específicamente mediante la ejecución de obras de urbanización y de edificación. El contenido y alcance de las facultades de los propietarios respecto de uno y otro tipo de obras es diferente, porque el tipo de intereses básicamente implicados en unas y otras son también distintos: las obras de urbanización, incluso en los supuestos de ejecución y gestión privada –por los propietarios o, en su caso, por un tercero, como más adelante se verá-, tienen un evidente interés o utilidad pública, por lo que están llamadas o destinadas a integrarse en el dominio público, mediante la correspondiente cesión o transferencia a la Administración; las obras de edificación, en cambio, se incorporan e integran en el patrimonio jurídico y económico-privado del titular propietario del suelo o del superficiario o sobrelevante en su caso.

La incidencia del régimen estatutario urbanístico en el precepto del artículo 350 del Código Civil, que faculta al propietario de un terreno a hacer en él las obras que le convengan (si bien con sujeción a las leyes y a los “reglamentos de policía”), sólo incluyen hoy las obras de edificación, no las de urbanización del suelo, ya que respecto a estas últimas, la ley faculta a la Administración, como poder público, para decidir en ejercicio de este poder o

¹⁶³ En la valoración del suelo en régimen de equidistribución de beneficios y cargas habrá de tenerse en cuenta la regulación contenida en el artículo 27 de la Ley estatal de Suelo (que implícitamente se refiere a *la reparcelación*, regulada por la legislación urbanística autonómica).

competencia pública y conforme a la ordenación urbanística aplicable, dónde, cuándo, cómo y por quién ha de realizarse la urbanización de determinados terrenos. Por ello, la Ley estatal de Suelo (texto de 2008), al regular el contenido del derecho de propiedad del suelo, relacionando las facultades de los propietarios, no incluye entre ellas la de realizar obras de urbanización, sino la de “participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización [...] en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación” (artículo 8.1,c). Excluido pues este tipo de obras, el precepto del artículo 350 CC sólo incluye hoy, respecto a las obras que el propietario puede realizar según su interés y conveniencia, las obras de edificación, y esto en los términos que la propia Ley de Suelo determina (en su artículo 8.1,b), en conexión con la legislación urbanística y la normativa propia del sector de la construcción o edificación, como más adelante se trata.

1. La propiedad urbana en la fase de ejecución de actuaciones de urbanización

La Ley estatal de Suelo (2008) incluye en las “actuaciones de urbanización” dos supuestos: a) el de “nueva urbanización”, que supone la transformación urbanística de un ámbito de suelo “rural” a “urbanizado” (suelo “rural” que, según la legislación urbanística, sea posible urbanizar, por estar clasificado como “urbanizable” o incluso como “urbano no consolidado”); y b) el supuesto de reforma o renovación de una urbanización preexistente (operaciones u obras de re-urbanización, en un suelo ya urbanizado)¹⁶⁴.

La propia Ley de Suelo estatal no entra a regular, por ser la materia de urbanismo propia de la competencia de las Comunidades Autónomas, cómo ha de realizarse la ejecución de estos supuestos de actuaciones de urbanización¹⁶⁵. Habrá que estar, pues, a la correspondiente legislación urbanística (autonómica), que, siguiendo el esquema modelo de las precedentes leyes de

¹⁶⁴ También incluye la propia LS/08 (art. 14) en las “actuaciones de transformación urbanística”, además de las de “urbanización”, las que denomina “actuaciones de dotación”, definiendo como tales “las que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación integral de la urbanización de éste” (art. 14.1,b). Actuaciones éstas que, a diferencia de las de “urbanización” (sistemática e integral), define tradicionalmente la legislación urbanística como “actuaciones aisladas” o asistemáticas, que no son por ello propiamente actuaciones urbanizadoras según la Ley estatal.

¹⁶⁵ Regula el estatuto del promotor –propietario o no propietario del suelo-, estableciendo los “deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística” (art. 16 LS/08), que ha de concretar la legislación urbanística autonómica.

régimen del suelo estatales (1956, 1975-76 y 1990-92), regulan las obras de urbanización en ejecución del planeamiento urbanístico, de forma similar a esa regulación urbanística precedente¹⁶⁶ y cuyas líneas generales, respecto a las principales cuestiones, se exponen a continuación.

A) Presupuestos jurídicos y técnicos de las actuaciones de urbanización

El primer presupuesto de que la legislación urbanística parte, lógicamente, es el de que este tipo de actuaciones urbanísticas ha de realizarse en ejecución de un plan de ordenación *detallado* –sea el plan general para el suelo urbano o un plan parcial para un sector de suelo urbanizable–; exigencia a la que se une, también de modo previo, la de delimitarse el ámbito de suelo en donde haya de realizarse la urbanización, llámese a este ámbito espacial “unidad de ejecución” o “de actuación”, o bien “polígono” (como decían las Leyes de Suelo de 1956 y de 1975-76, término éste más apropiado y que subsiste en la denominación de determinadas actuaciones urbanísticas y constructivas llevadas a cabo en nuestras ciudades). La ordenación de determinados “sectores” por el plan, se completa así con esta otra división y delimitación espacial de determinados ámbitos a efectos de la ejecución del propio plan, de alguna de esas formas denominados.

En todo caso, lo que importa destacar es que el ámbito de ejecución de la urbanización ha de cumplir, en lo sustancial, o como requisito de fondo, la exigencia de *autosuficiencia*, en una triple vertiente o dimensión: jurídica, primero, para cumplir con el principio de justicia distributiva (para repartir o distribuir los beneficios y cargas de la urbanización “entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación”, como exige básicamente la Ley de Suelo estatal de 2008, en su artículo 8.3, c); así como también respecto

¹⁶⁶ En *Andalucía*, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre (modificada por la Ley 2/2012, de 30 de enero), en su Título IV (arts. 85 a 138); en *Aragón*, la Ley 3/2009, de 17 de junio, en su Título Cuarto (arts. 141 a 190); en *Asturias*, el Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2009, de 22 de abril, en su Título V (arts. 147 a 195); en *Canarias*, el Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, en su Título III (arts. 88 a 144); en *Cantabria*, la Ley 2/2001, de 25 de junio, en su Título III (arts. 117 a 122 y 147 a 182); en *Castilla-La Mancha*, el Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, en su Título V (arts. 96 a 125); en *Castilla y León*, la Ley 5/1999, de 8 de abril (modificada por la Ley 4/2008, de 15 de septiembre), en su Título III (arts. 65 a 92); en *Cataluña*, el Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, en su Título Cuarto (arts. 116 a 156); en *Extremadura*, la Ley 15/2001, de 14 de diciembre (modificada por la Ley 9/2010, de 18 de octubre), Título IV (arts. 107 a 164); en *Galicia*, la Ley 9/2009, de 30 de diciembre (modificada por la Ley 2/2010, de 25 de marzo), Título IV (arts. 107 a 164); en *La Rioja*, la Ley 5/2006, de 2 de mayo, en su Título IV (arts. 118 a 163); en *Madrid*, la Ley 9/2001, de 17 de julio, Título III (arts. 71 a 129); en *Murcia*, el Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio (arts. 155 a 195); en *Navarra*, la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, en su Título IV (arts. 130 a 185); en el *País Vasco*, la Ley 2/2006, de 30 de junio, su Título V (arts. 131 a 185); y en la *Comunidad Valenciana*, la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, su Título III (arts. 150 a 181).

al ámbito de la urbanización, que ha de tener autosuficiencia en el aspecto técnico-urbanístico (esto es, suficiencia de equipamientos y servicios urbanos idóneos, con capacidad adecuada, en coherencia con el ámbito territorial de la actuación) y en el aspecto económico (ecuación financiera de la actuación urbanizadora, sea privada, pública o mixta).

Así se establecía por la Ley del Suelo de 1975-76 (artículo 117.2) y su Reglamento de Gestión Urbanística (artículo 36.2), aplicables aún, según lo dicho, como Derecho supletorio de la legislación urbanística autonómica; sin perjuicio de la preferencia que, respecto a la dimensión jurídica del principio de autosuficiencia, tiene hoy el citado precepto de la Ley estatal de 2008, en cuanto establece la participación de los propietarios de suelo del ámbito de actuación, en la ejecución de actuaciones de urbanización, en régimen de distribución equitativa de beneficios y de cargas urbanísticas entre todos aquellos. Exigencia ésta que ha de instrumentarse, asimismo de modo previo a la ejecución de la urbanización, mediante *la reparcelación*, a la que después se hace referencia.

B) *Iniciativa y gestión de la actuación urbanizadora*

La gestión urbanística, como toda la del proceso de la acción en materia de urbanismo, se desarrolla bajo la dirección de la Administración pública, aun cuando ésta viene legalmente obligada a promover o “fomentar la participación privada” (artículo 3.3 de la Ley estatal de Suelo de 2008), esto es, de los particulares, sean éstos propietarios o no de suelo. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 164/2001, de 11 de julio (respecto al artículo 4 de la Ley 6/1998, aun cuando referible asimismo a la regulación vigente), dice que “resulta con claridad que el mandato de participación en la acción urbanística pública se refiere a propietarios y empresarios” (que distingue de la participación del público en general, a la que la actual LS/2008 se refiere en su artículo 3.2,c).

El “posible juego de los derechos de propiedad (art. 33.1 CE) y la libre empresa (art. 38 CE)” viene limitado así, como dice la citada sentencia constitucional (FJ 9º), por la dirección y control *públicos* de la gestión urbanística”, aunque “el mandato de promoción de la participación privada se establece para los casos de actuación pública”: la actual LS/2008 dice ahora “gestión pública urbanística” (art. 3.3). Este mandato de promover la participación privada, esto es, de propietarios y empresarios, ha de entenderse, pues, dirigido al legislador urbanístico (autonómico), para el supuesto de los llamados “sistemas de actuación pública” y, en la misma medida –como dice la propia sentencia constitucional- “el grado de participación o iniciativa de los distintos sujetos económicos (no necesariamente propietarios)”.

La legislación urbanística autonómica –antes citada, nota 166-, en términos generales, regula diversos procedimientos de gestión de las actuaciones de urbanización, en ejecución del planeamiento urbanístico, que en principio pueden clasificarse según que la *gestión* sea pública o privada. Dejando aparte el

sistema de expropiación –que por definición supone excluir a los propietarios, cuya titularidad dominical se transfiere forzosamente a la Administración-, los demás procedimientos o “sistemas de actuación” o “de ejecución”, suponen la posible participación de la propiedad privada.

La mayor intensidad de esta participación se da, como es lógico, en los procedimientos o “sistemas” de gestión privada. Esta se da especialmente en el llamado sistema de *compensación*, en el cual la gestión se lleva a cabo por los mismos propietarios de terrenos situados en el ámbito de la actuación, pero agrupados en una entidad urbanística denominada Junta de Compensación; entidad urbanística que, lógicamente, no será necesaria en caso de que todo el suelo del ámbito de actuación corresponda a un solo propietario (supuesto que algunas Leyes urbanísticas, como la de la Región de Murcia, denominan “concertación directa”: art. 178 de la Ley del Suelo autonómica)¹⁶⁷.

En caso de iniciativa y gestión *pública*, se incluye el llamado sistema de *cooperación*, en el que la actuación de urbanización se asume por la Administración actuante, pero manteniendo en su derecho dominical a los propietarios, que han de satisfacer los costes y demás cargas de la urbanización, y con la posibilidad de constituir una entidad urbanística colaboradora de aquélla (asociación de propietarios), como instrumento participativo de control e incluso, en su caso, de gestión.

Los sistemas de gestión de la actuación urbanizadora también incluye otro supuesto –de gestión pública, pero indirecta-, llamado de “agente urbanizador”, regulado inicialmente en la legislación urbanística de la Comunidad Valenciana (Ley 6/1994) y después en la de Castilla-La Mancha (Ley 2/1998). En este supuesto, la condición de urbanizador se adjudica por la Administración a un particular, sea o no propietario del suelo a urbanizar, seleccionado mediante concurso (que incluye la presentación de proyectos o programas de actuación), y formalizándose entre aquélla y el adjudicatario-urbanizador un convenio regulador de las relaciones entre ambos. La ejecución del programa de actuación se lleva a cabo por el urbanizador, que ha de financiar el coste de las obras de urbanización, que le serán compensados, con solares edificables o bien en metálico, por los propietarios de terrenos edificables del correspondiente ámbito de gestión, que voluntariamente cooperen aportando sus terrenos a urbanizar; los propietarios que renuncien a

¹⁶⁷ Como sistema subsidiario del de compensación, para el caso de incumplimiento de obligaciones de los propietarios, o de la entidad de compensación, algunas leyes autonómicas regulan el sistema de “ejecución forzosa” (Navarra y Madrid).

Existe otro sistema de iniciativa y gestión privada, mediante *concierto* (“concertación indirecta” en Murcia), desgajado del de compensación, que se instrumenta de manera diferente en las Comunidades Autónomas de Canarias (mediante un Convenio urbanístico entre propietarios del ámbito de actuación y aprobado por el Ayuntamiento), Castilla y León y en Murcia (donde los propietarios han de presentar un Proyecto o Programa de Actuación – respectivamente-, cuya aprobación definitiva corresponde igualmente al Ayuntamiento).

unirse a la operación, pueden solicitar que se les expropien sus terrenos por el valor que le correspondan¹⁶⁸.

El sistema de agente urbanizador ha influido en otras leyes urbanísticas, como en la de Castilla y León (Ley 5/1999) y en la de la Región de Murcia (texto refundido de 2005), donde se regula el “sistema de concurrencia”, de iniciativa pública y limitado al supuesto excepcional de que existan “circunstancias de urgencia o manifiesta inactividad de la iniciativa privada”¹⁶⁹. El urbanizador en este sistema también ha de seleccionarse mediante concurso, en cuyo procedimiento ha de tramitarse paralelamente un “proyecto de actuación” (Castilla y León) o “programa de actuación” (Murcia), cuya aprobación inicial determina la convocatoria de concurso, en cuyo trámite de información pública, además de alegaciones, pueden presentarse alternativas al proyecto o programa de actuación; adjudicándose finalmente la condición de urbanizador al autor de éste o de la propuesta alternativa más favorable¹⁷⁰.

La adjudicación de la condición de urbanizador, en estos supuestos, a un tercero –no propietario- daría lugar a una relación jurídica triangular, o complejo de relaciones, supuesto que incluirían además de la jurídico-administrativa, entre el urbanizador y la Administración, las relaciones jurídicas entre el urbanizador y los propietarios –con cada uno de éstos-, relaciones, por ende, entre privados, civiles, pero fuertemente moduladas por la ordenación urbanística y administrativa (especialmente ésta en caso de expropiación forzosa, respecto al dominio de los propietarios no incorporados en su caso).

¹⁶⁸ Sobre la figura del agente urbanizador en la vigente legislación valenciana, véase BAÑO LEÓN, J.M^a: “El agente urbanizador ante el Tribunal de Justicia” (de la Comunidad Europea), en Revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 22, 2011, (págs. 14 y ss), Edit. Iustel.

Este procedimiento de gestión recuerda la tradicional figura de la *concesión urbanística* vinculada al sistema de expropiación que contemplaba la Ley del Suelo de 1976 (art. 114.2) y su Reglamento de Gestión Urbanística (arts. 213 y 214), en el que el concesionario-urbanizador adopta la posición de “beneficiario” de la expropiación llevada a cabo por la Administración expropiante. Supuesto que subsiste en la actual legislación urbanística autonómica (así, en la Región de Murcia, se halla contemplado en el Texto Refundido de 2005, cit., art. 192).

¹⁶⁹ Art. 86.1,b, de la Ley castellano-leonesa y 186.1 de la Ley murciana, que añade la circunstancia de que haya “demanda de suelo”.

¹⁷⁰ En la ejecución de la actuación, al urbanizador corresponde elaborar el proyecto de reparcelación y el de urbanización, así como financiar la actuación urbanizadora, que habrán de atribuirle los propietarios mediante la cesión de solares o de pago de cuotas de urbanización. Las leyes urbanísticas respectivas, citadas en el texto, regulan también de modo similar, los derechos de los propietarios y los del urbanizador (arts. 188 a 190 de la Ley murciana y art. 88 de la Ley castellano-leonesa).

La elección de uno, entre esos diversos procedimientos o “sistemas” de actuación, para llevar a cabo la urbanización en ejecución del plan, corresponde a la Administración, en cuanto competencia pública, legalmente asignada a ésta. No es, por ello, facultad dispositiva de los propietarios, como sucediera antaño (art. 350 CC)¹⁷¹. La caracterización, además, de las obras de urbanización como tipo de obra pública, en razón de su finalidad y destino y, por ende y por su resultado, estar llamadas a integrarse en el dominio público, pese a ser financiadas, no por capital público, sino de particulares –con la salvedad del supuesto de expropiación y del de gestión pública directa-, plantea consecuentemente la cuestión de la aplicabilidad al respecto de la normativa reguladora de la contratación pública, a efectos de publicidad y concurrencia para adjudicar a un particular la condición de urbanizador¹⁷². Por ello, la Ley estatal de Suelo, texto de 2008, en su artículo 6.1 y 5, establece básicamente que la habilitación a particulares –sean o no propietarios- para que ejecuten la actividad de urbanización, debe hacerse en los procedimientos de iniciativa pública, con transparencia, publicidad y concurrencia”.

Lógicamente la cuestión se plantea en especial respecto a la habilitación a éstos, los propietarios, en los llamados sistemas de iniciativa y gestión privada, como es, sobre todo, el de compensación. En nuestra opinión, en este sistema, pese a ser de gestión privada, será aplicable la normativa de contratación pública, contenida en la citada Ley de Contratos del Sector Público (TR de 2011), en razón no solo de venir comprendido el supuesto de contratación de

¹⁷¹ En la medida en que la urbanización trasciende del solo interés del propietario, no resulta posible configurar ya la urbanización como facultad que haya de formar parte del contenido del derecho de propiedad del suelo con vocación urbana (MUÑOZ GUIJOSA, M^a A.: *El derecho de propiedad del suelo y De la Constitución a la Ordenación Urbana*, Cívitas-Thomson, 2009, pág. 428).

¹⁷² La Directiva comunitaria europea 2004/18, de 31 de marzo de 2004 –y antes la Directiva 93/37-, transpuesta al ordenamiento español por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (hoy sustituida por el Texto Refundido aprobado por el R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), obliga a someterse, si las obras llegan a una cuantía sujeta a esta normativa, comunitaria e interna (actualmente, 4.845.000 euros), a licitación pública, de conformidad asimismo a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (sentencia “Scala” de Milán, de 12 de julio de 2001), sin que obste a ello la naturaleza privada del contratante de la obra, ya que las obras de urbanización encargadas en interés de una Administración Pública entran en el ámbito del contrato de obras comunitario. Sobre esta sentencia del TJ comunitario europeo, véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto “Proyecto Scala 2001”) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español”, en *Revista Urbanismo y Edificación* nº 4 (2001), de Edit. Aranzadi, y en la *Revista Documentación Administrativa*, nº 261-262 (2002), monográfico sobre ejecución de planes urbanísticos y contratación administrativa, publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública, y en cuyo número se incluyen otros estudios sobre el tema, así como el texto de la sentencia del TJCE. Asimismo, GÓMEZ MANRESA, F. y DEL OLMO ALONSO, J., “Aspectos generales de la contratación pública en el sector urbanístico”, *Revista Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 268 (2011), pág. 123 y s.

tales obras en el ámbito subjetivo de esta Ley¹⁷³, sino también y en concreto, dada la condición de “poder adjudicador” que tiene la Junta de Compensación, en cuanto entidad de naturaleza jurídica administrativa¹⁷⁴. Conclusión que, sin embargo, la doctrina considera desproporcionada en el caso de que los terrenos del ámbito de la urbanización sean de un solo propietario, ya que éste buscará las mejores condiciones de mercado, lo cual asegura ya la libre competencia en éste entre empresas¹⁷⁵.

C) Instrumentos legalmente condicionantes de la urbanización: la reparcelación

Las actuaciones de urbanización, bien sean éstas *ex novo* o bien de reforma o de renovación de una urbanización preexistente, requieren, según la legislación urbanística autonómica y cualquiera que sea, en principio, el procedimiento o “sistema” de actuación utilizado (compensación, cooperación, agente urbanizador ...), el cumplimiento de determinadas condiciones, unas de tipo técnico (que suponen, en términos generales, la elaboración y aprobación de programas de actuación –a que antes se ha aludido- y de proyectos de las obras) y otras de naturaleza jurídica. De estas últimas tiene carácter fundamental, en virtud del cardinal principio de justa distribución de beneficios y cargas urbanísticas, la llamada reparcelación, que viene a *instrumentar y concretar* el contenido de la propiedad urbanística, de una manera precisa respecto de cada fundo, finca o parcela de terreno situado en el ámbito de la actuación a ejecutar, con anterioridad a su realización material.

Su finalidad y función es esencialmente distributiva. Por ello y como condición legal básica que asegure la igualdad de tratamiento de todos los propietarios afectados por la actuación de urbanización, la Ley estatal de Suelo de 2008, establece como contenido del derecho de propiedad del suelo, el que tienen todos los propietarios a la “equitativa distribución de beneficios y

¹⁷³ Art. 3.1, apartado h, que incluye “cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, dirección o vigilancia”.

¹⁷⁴ Véase el art. 3.3,b) de la propia Ley de Contratos del Sector Público (TR de 2011), en conexión con el art. 2.2, *in fine* (en cuanto dicha Junta de Compensación es una entidad urbanística colaboradora dependiente de una entidad pública local) y el art. 250.1 (274.1 del actual TR) y concordantes de la propia Ley (sobre adjudicación de contratos de obras a ejecutar por terceros, en nuestro caso por el contratista adjudicatario de la Junta de Compensación).

¹⁷⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto Proyecto Scala 2001) y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Urbanismo y Edificación* (Edit. Aranzadi), nº 4, 2001. Asimismo, BAÑO LEÓN, J.M^a: *Derecho Urbanístico Común*, Edit. Iustel, Madrid, 2009, pág. 267.

cargas” entre todos ellos “en proporción a su aportación” (artículo 8.3 y 5,c). La reparcelación tiene, pues, por objeto, instrumentar el cumplimiento de este principio de justicia distributiva, evitando así que se produzca el enriquecimiento injusto de unos propietarios a costa de otros: por lo tanto, que así las superficies edificables como las no edificables (viales, zonas verdes, etc.) y el aprovechamiento urbanístico asignado a las primeras, como también los costes de la urbanización, se repartan entre todos los propietarios de modo equitativo, conforme a un criterio de proporcionalidad. Siendo, pues, un derecho –y deber- legal de los propietarios, el que, de no cumplirse esta exigencia jurídica, que el afectado tiene a ser indemnizado, para compensarle económicamente la restricción o limitación singular (conforme a la propia Ley estatal, art. 35,b)¹⁷⁶.

En definitiva, los propietarios de un ámbito de actuación, conforme al citado precepto legal básico del artículo 8.3 y 5,c, de la Ley estatal, tienen la facultad de participar o intervenir en la reparcelación –regulada por la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma-, en los actos que la operación reparcelatoria comprende, esto es: 1) la integración o *agrupación* de todas las *fincas originarias* situadas en el ámbito de actuación –que constituye así la llamada unidad reparcelable-, lo que da lugar a la constitución en ésta, a estos efectos: en una primera fase, de una especie de *comunidad* de bienes y derechos, la llamada comunidad de reparcelación, que viene a asumir temporal y transitoriamente, la titularidad de la finca única resultante de la agrupación (sin perjuicio de la condición de fiduciario asumida legalmente por el urbanizador, en su caso). 2) La determinación o fijación de las *parcelas resultantes*, lo que supone la *nueva división* de las fincas de origen agrupadas para configurar los límites de las nuevas parcelas conforme al planeamiento¹⁷⁷; y 3) la concreción de los derechos y deberes de los propietarios de las fincas originarias y de la Administración (ésta en cuanto al porcentaje de aprovechamiento urbanístico que legalmente le corresponda y de los bienes propios o demaniales), respecto a las parcelas de resultado que se adjudiquen a cada uno de ellos¹⁷⁸.

¹⁷⁶ LÓPEZ PELLICER, J.A. *et alii*: *La Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia*, Edit. DM, Murcia, 2009, pág. 395.

¹⁷⁷ Lo que implica por ello una referencia a la parcelación o división anterior, que puede ser una parcelación urbanística propiamente dicha, pero no ajustada al planeamiento actual, o simplemente una parcelación catastral, no siendo necesario, así pues, que la parcelación preexistente sea urbanística (*ob. cit.* en la nota anterior).

¹⁷⁸ La Ley estatal de Suelo (2008) establece, en su art. 8.5,c, que la legislación urbanística autonómica ha de asegurar el ejercicio de este derecho de los propietarios, a cuyo efecto ha de fijar un plazo como mínimo de un mes, a contar desde que los mismos puedan conocer el alcance de las cargas de urbanización y los criterios de distribución entre los afectados; requisito éste que habrá de cumplirse cuando se haya elaborado el proyecto de reparcelación y se notifique a cada uno de ellos su aprobación inicial y la definitiva. Lo cual supone que, con este

La sujeción de la reparcelación a los criterios de equidistribución –entre los que se incluye el de valoración¹⁷⁹ y sustitución de las parcelas de origen aportadas por las parcelas de resultado- y al procedimiento administrativo de aprobación, que la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma regula, con mayor o menor detalle, culminan la actuación administrativa que tiene, como efecto civil (aparte de otros jurídico-administrativos), el de producir la subrogación con plena eficacia real de las antiguas fincas, aportadas por los propietarios del ámbito de actuación, por las nuevas, o fincas de resultado, lógicamente bajo la exigencia –legal- de que la correspondencia entre aquéllas y éstas quede debidamente establecida. Con ello, cada propietario ha de recibir la parcela/s apta para poder materializar la edificabilidad que corresponda, en proporción a la superficie de la finca aportada (o la indemnización que proceda si no fuere posible esa edificabilidad), además de localizarse los terrenos para viario, zonas verdes, espacios públicos y demás suelos dotacionales de dominio público a ceder a la Administración; extinguiéndose aquellos derechos reales o cargas que no sean compatibles con la ordenación urbanística¹⁸⁰.

conocimiento previo de las cargas de urbanización correspondientes a cada propietario, éste estará en disposición de poder decidir si participa o no en la actuación urbanizadora. Al respecto, cabe remitir a las consideraciones que hace BAÑO LEÓN, poniendo en conexión el precepto de la Ley estatal con la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas, en *Derecho Urbanístico Común ...*, págs 286 a 288.

¹⁷⁹ Respecto a la valoración del suelo en régimen de distribución de beneficios y cargas, la Ley de Suelo estatal de 2008 determina que, en defecto de acuerdo unánime –“entre todos”- de los afectados, las aportaciones de suelo deben valorarse conforme a los criterios que determine la propia Ley (art. 27), que remite a la legislación urbanística (autonómica), en su art. 28,a).

¹⁸⁰ Art. 18.1, 2 y 4 de la Ley estatal de Suelo, texto refundido de 2008. En su apartado 3, el propio artículo 18 establece que: “Existiendo subrogación real y compatibilidad con la ordenación urbanística, si la situación y características de la nueva finca fuesen incompatibles con la subsistencia de los derechos reales o cargas que habrían debido recaer sobre ellas, las personas a que estos derechos o cargas favorecieran podrán obtener su transformación en un derecho de crédito con garantía hipotecaria sobre la nueva finca, en la cuantía en que la carga fuera valorada. El registrador de la propiedad que aprecie tal incompatibilidad lo hará constar así en el asiento respectivo. En defecto de acuerdo entre las partes interesadas, cualquiera de ellas podrá acudir al Juzgado competente del orden civil para obtener una resolución declarativa de la compatibilidad o incompatibilidad y, en este último caso, para fijar la valoración de la carga y la constitución de la mencionada garantía hipotecaria”.

Sobre los supuestos de transferencia de aprovechamiento urbanístico de fincas o terrenos en proceso de reparcelación, *infra*, Capítulo Sexto, epígrafe III; y respecto al reparto de deberes y cargas urbanísticas, el Capítulo Séptimo, epígrafe V.

La regulación autonómica del instituto reparcelatorio se halla contenida en la siguiente normativa: *Andalucía*, Ley 7/2002, de 17 de diciembre (arts. 100 a 104); *Aragón*, Ley 3/2009, de 17 de junio (arts. 147 a 155); *Asturias*, TR (Dec. Legislativo 1/2004, arts. 190 a 194); *Canarias*, TR (Dec. Legislativo 1/2000, arts. 84 a 87); *Cantabria*, Ley 2/2001, de 25 de junio (arts. 135 a 139); *Castilla-La Mancha*, TR (Dec. Legislativo 1/2004, arts. 92 a 95); *Castilla y León*, Ley 5/1990, de 8 de abril (arts. 72.4 y 77.2); *Cataluña*, TR (Dec. Legislativo 1/2010, arts. 124 a 129); *Extremadura*, Ley

Por lo demás, en el aspecto registral, la inscripción en el Registro de la Propiedad es legalmente obligatoria (art. 18.6 LS, TR 2008), por excepción a la regla de voluntariedad de la inscripción registral. El deber de inscripción corresponde al promotor/es de la actuación, esto es, a los particulares en los sistemas de actuación privada o al municipio como Administración actuante en los sistemas públicos; sin perjuicio de que en el primer caso la Administración también pueda instar la inscripción.

En cualquier caso, la propia LS establece, en su artículo 54, las normas básicas a que ha de sujetarse la inscripción en el Registro de la Propiedad, de la reparcelación y los efectos jurídico-registrales. Según estas normas:

- la aprobación inicial del proyecto de reparcelación se hace constar por nota marginal en la última inscripción de dominio de cada una de las fincas afectadas;

- la inscripción puede llevarse a cabo bien mediante la cancelación directa de las inscripciones y demás asientos vigentes de las fincas originarias, con referencia al folio registral de las fincas resultantes del proyecto, o bien mediante agrupación previa de la totalidad de la superficie del ámbito de la actuación y su división en todas y cada una de las fincas resultantes; y

- el título en cuya virtud se inscriba el proyecto –definitivo- de la reparcelación será suficiente para la modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones registrales, inmatriculación de fincas o de excesos de cabida, reanudación del tracto sucesivo, y para la cancelación de derechos reales incompatibles, en la forma que reglamentariamente se determine¹⁸¹.

15/2001 (arts. 42 a 46); *Galicia*, Ley 9/2002 (arts. 115 a 121); *La Rioja*, Ley 5/2006, de 2 de mayo (arts. 138 y 145 a 151); *Madrid*, Ley 9/2001, de 17 de julio (arts. 86 a 89); *Murcia*, TR (Dec. Legislativo 1/2005, arts. 175 a 177); *Navarra*, Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre (arts. 149 a 154); *País Vasco*, Ley 2/2006, de 30 de junio (arts. 42 a 49); y *Comunidad Valenciana*, Ley 16/2005, de 30 de diciembre (arts. 169 a 180).

¹⁸¹ Las anteriores normas legales –que provienen de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1992 (art. 310)- están desarrolladas en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, Capítulo II (arts. 4 a 21). Este Reglamento utiliza la denominación genérica de “proyectos de equidistribución” para referirse al documento en el que se materializa la distribución de beneficios y cargas urbanísticas, que según la legislación estatal precedente (Leyes de Suelo, textos refundidos de 1976 y de 1992) recibían la denominación de proyectos de compensación, en el sistema así denominado, o de reparcelación, en el sistema de cooperación; la vigente legislación urbanística autonómica utiliza la denominación en todo caso de proyecto de reparcelación. Sobre esta temática, *vid.* ARNAIZ EGUREN, R.: *La inscripción registral de actos urbanísticos*, 2ª edición, Edit. Pons, Madrid, 2001. Asimismo, FUERTES LÓPEZ, M., en *Urbanismo y Publicidad Registral*, Edit. Marcial Pons, 1995 (pág. 41 y ss).

Asimismo, sobre la reparcelación, y para completar lo dicho, véase lo expuesto en el Capítulo Sexto, epígrafe III (respecto a los supuestos de transferencia de aprovechamiento urbanístico de un terreno en proceso de urbanización), y en el Capítulo Séptimo, epígrafe V (respecto al reparto de deberes y cargas urbanísticas que comporta legalmente la urbanización).

2. La propiedad urbana y el “*ius aedificandi*”

En la dinámica del proceso jurídico a que viene sujeta en nuestro ordenamiento la propiedad urbana, una vez urbanizado el suelo, deviene posible construir en el mismo, concretamente en aquellos terrenos o parcelas que tengan como consecuencia la condición de solares, esto es, de terrenos urbanizados y edificables. La facultad de edificar, como contenido de la propiedad urbana, se halla, desde luego, también legalmente condicionada a que el terreno donde pretenda construirse se halle en la situación de suelo urbanizado. Así lo establece la Ley estatal de Suelo (2008) cuando regula las situaciones básicas de suelo, rural o urbanizado, y define a este último, en su artículo 12.3, como el integrado de forma *legal y efectiva* en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y servicios propios de un núcleo o asentamiento de población (en alguno de los supuestos que la reforma de dicha art. 12.3, por la Ley 8/2013 determina), y conforme a la legislación urbanística autonómica.

A diferencia de la actividad urbanizadora, respecto a la cual básicamente la propia Ley sólo establece como contenido del derecho de propiedad del suelo, como se ha señalado, la facultad de “*participar* en la ejecución de actuaciones de urbanización” (artículo 8.5,c), en razón de configurarse este tipo de actuaciones urbanísticas como una competencia o función pública, sin embargo, la edificación del suelo ya urbanizado y edificable es una actuación esencialmente privada, en la medida en que forma parte integrante del contenido del derecho de propiedad. Por ello, la propia Ley estatal, en su artículo 8.1, pfo 1, no solo determina el contenido de este derecho en línea con la definición general del artículo 348 del Código Civil, con referencia al uso y disfrute del suelo, sino que además especifica la inclusión en este contenido de la “*facultad de edificar*” en suelo apto para ello, siempre que la ordenación urbanística –ley autonómica y plan urbanístico detallado, según lo dicho- atribuya a ese suelo “*edificabilidad para uso o usos determinados y se cumplan los demás requisitos y condiciones establecidos para edificar*”.

Según esto, parece que el *ius aedificandi* forma indudablemente parte del contenido de la propiedad urbana, si se hace la precisión de que el ejercicio de este derecho presupone, como se ha indicado, la ejecución de la urbanización en régimen de equidistribución de los beneficios (básicamente de la edificabilidad o aprovechamiento urbanístico) y de las cargas urbanísticas (cesiones de suelo público, etc.), cuya aplicación instrumenta la reparcelación. Equidistribución que permitirá resolver, mediante esta reparcelación o excepcionalmente por vía indemnizatoria en su caso, las diferencias de tratamiento que eventualmente puedan darse a unos propietarios respecto de otros, según se ha considerado.

A) La facultad legal de edificar: definición del “*ius aedificandi*”

Se plantea la cuestión de determinar qué se entiende por “edificar”, como concepto jurídico-legal, que es el que utiliza la actual Ley estatal de Suelo al referir a él la correspondiente facultad, o *ius aedificandi*, máxime cuando la propia Ley parece distinguir el concepto de “edificación”, para referirse característica y específicamente a las construcciones vinculadas al proceso de desarrollo urbano, del concepto de “construcciones” –que la Ley también utiliza en el propio artículo 8.1,a- respecto al “uso y disfrute del suelo conforme a su naturaleza que, estando expresamente permitidas, no tengan el carácter legal de edificación”.

En nuestra opinión, la cuestión podría resolverse atendiendo al propio criterio del “carácter *legal* de la edificación”, conectando el citado precepto de la Ley del Suelo con el contenido en el artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre), según el cual las construcciones a que parece referirse el citado supuesto de la Ley de Suelo también tienen, según el citado precepto de la Ley 38/1999, el carácter legal de “edificación”¹⁸². Y en consecuencia, el *ius aedificandi*, como facultad de uso y disfrute del suelo, englobaría la de realizar construcciones o edificaciones; aunque la Ley de Suelo utilice denominaciones diversas, quizá para distinguir las “edificaciones” características de suelos urbanizados (art. 8.1,b) de las “construcciones e instalaciones” para el uso y disfrute del suelo rural (art. 8.1,a), deduciendo que se refiere a esta “situación básica de suelo” (art. 12.2) la referencia que aquél hace al uso y disfrute “conforme a su naturaleza” (rural o rústica, no urbana), para excluir la “edificación” característica del suelo urbano y urbanizado, en suelo rural.

En este sentido, cabe concluir al respecto, que la facultad de “edificar” a que la Ley estatal de Suelo (2008) se refiere específicamente en suelos urbanizados (art. 8.5,b) es –*sensu stricto*- el *ius aedificandi* relativo a la propiedad urbana; aunque de modo más amplio, o genérico, también se utilice tradicionalmente –y en la actualidad, conforme a la LOE (art. 2)- el mismo

¹⁸² Vid. CARRASCO PERERA, A., *et alii*, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3ª edición, Edit. Aranzadi, 2005, pág. 36. Asimismo, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley del Suelo, la Ley 8/2007, de 28 de mayo*, I, Edit. Cívitas, 2007, pág. 220 y s. A la falta de sintonía entre la Ley 38/1999 y la LS/2008 se ha referido AGUDO GONZÁLEZ, en cuanto a la distinción por esta última Ley entre la “edificación”, en suelo urbano o en suelo urbanizable transformado (o urbanizado), y “construcción”, en suelo rústico o rural (art. 8.1,a y b), para no atribuir legalmente a los propietarios de suelo no urbanizable el “derecho a edificar” pero sí un “derecho a construir”, pese a que bastantes de las “construcciones” de la propia LS/2008 tendrían según la Ley 38/99 el carácter de “edificación”; e incluso según la legislación urbanística autonómica en el caso de vivienda unifamiliar aislada en suelo no urbanizable (=en situación de suelo rural), que la propia legislación urbanística permite y que constituye propiamente una edificación (AGUDO GONZÁLEZ, J.: “Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 185, 2011, pág. 39).

concepto de *ius* o facultad para englobar la construcción o edificación propia de suelos rústicos.

B) El “*ius aedificandi*” y el derecho de propiedad de la edificación construida

La Ley estatal de Suelo, texto de 2008, parece, por otra parte, distinguir entre la “facultad de edificar” (*ius aedificandi*), como posibilidad jurídica de realizar una edificación, y el derecho a lo edificado, una vez materializada en el suelo la edificación en ejercicio de ese *ius* o facultad. Así resulta de su artículo 7.2, según el cual:

“La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido de la propiedad del suelo” (inciso final).

Según esto, parece que el *ius aedificandi* no forma parte integrante del contenido de la propiedad del suelo, sino que se trata de un derecho “estatutario”, en cuanto atribuido por la ordenación urbanística (ley y plan), y que el propietario del suelo puede eventualmente adquirir o “patrimonializar” según esta ordenación jurídica atendiendo a la clasificación y calificación del suelo y, además, a su urbanización cuando se trata de suelos urbanos y de suelos urbanizables.

Confirma esta exégesis hermenéutica la distinción que de esa posibilidad jurídica o facultad no contenida en la propiedad del suelo, en cuanto atribuida a ésta por la ordenación urbanística, se hace a continuación –en la segunda parte del citado precepto legal- del *derecho a lo edificado* materialmente en el suelo, al establecer que:

“La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.

El derecho de propiedad del suelo no integra, según esto, en su contenido el *ius aedificandi*, que no sería así considerado legalmente como facultad del derecho de propiedad, sino como una mera posibilidad de que la ordenación urbanística y, en definitiva, el plan lo fije y determine respecto del suelo. El verdadero *ius* queda, por ello, subordinado y condicionado no solo a que esa posibilidad de edificar, para determinado uso o usos (destino) e intensidad (volumen de edificabilidad), se prevea en el plan urbanístico, sino también subordinada a la realización efectiva de la urbanización del suelo en régimen de

equidistribución. Sólo, y a través de este proceso urbanístico gradual¹⁸³, el propietario del suelo adquiere, según este paulatino sistema, el *derecho a la edificación* efectivamente materializada en el terreno, previa la licencia urbanística preceptiva.

La recuperación por la Ley de Suelo, texto de 2008, en su artículo 7.2, del anterior sistema o modelo que disocia el *ius aedificandi* del derecho de propiedad del suelo, y por ende de su contenido en facultades, no solo no parece coherente con el sentido institucional de este derecho (art. 33.1 y 2 CE, y 348 CC), sino que tampoco lo parece en el contexto de la propia Ley estatal de Suelo, siendo así que reconoce, en su propio articulado, la “facultad de edificar” (artículo 8.5,b) y, sobre todo, porque en su régimen de valoraciones de suelo, el uso y edificabilidad atribuidos a la parcela por la ordenación urbanística, se incluyen aún en el caso de que el suelo no esté edificado (artículo 24.1); y también se prevé y aplica a efectos fiscales en las valoraciones del Catastro inmobiliario. ¿Es, pues, congruente la vigente Ley de Suelo estatal con estas determinaciones de sus artículos 8.5,b, y 24.1 cuando en ese artículo 7.2 afirma que la previsión de edificabilidad no forma parte del contenido de la propiedad del suelo? Desde luego, la incongruencia parece evidente. Lo que en el fondo ha debido decir a este respecto, en aras de la coherencia, es que una cosa es la “facultad de edificar”, o *ius aedificandi*, que forma parte del contenido de la propiedad del suelo (artículo 8.5,c), y otra cosa es que el *ejercicio* de este derecho venga, como viene, legalmente *condicionado* por el cumplimiento de determinados requisitos, deberes y cargas; tesis ésta que, además, ha recibido el respaldo del Tribunal Constitucional, en su sentencia 61/1997, que con referencia al ámbito de la competencia del Estado en materia de propiedad privada, ha afirmado (las cursivas son nuestras) que:

“[...] las “condiciones básicas” hacen referencia al *contenido primario* (...) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (*facultades elementales*, límites esenciales, deberes fundamentales...).

¹⁸³ Modelo de adquisición gradual de facultades urbanísticas, que proviene de la LS 1990-1992 (arts. 19, 20 y concordantes) y al que la sentencia del TC 61/1997 no puso ninguna objeción constitucional. Según este modelo, que CARRASCO PERERA denomina de “propiedad disociada”, “la propiedad del suelo no comporta la facultad de edificar, que, por lo mismo, no es adquirida por el propietario en virtud de los mismos títulos por lo que se adquiere la propiedad del suelo. El *ius aedificandi* es una facultad independizada del dominio, y está sujeto (como facultad) a un modo particular de adquisición, que es el denominado sistema de adquisición gradual y condicionada del aprovechamiento urbanístico y del *ius aedificandi*” (*Relaciones Civiles con Contenido Urbanístico*, Edit. Aranzadi, 1999, pág. 36 y s). La aplicación de este modelo de propiedad del suelo (inicialmente en la Comunidad Valenciana), ante el creciente coste del proceso urbanizador determinó que el propietario individual huyera del sistema y que el suelo fuese monopolizado por promotores-urbanizadores que repercuten los costes de urbanización en el adquirente final (pág. 40).

Dentro de esas “condiciones básicas” cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen, las *facultades que integran* el derecho (...), los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de *ejercerse un derecho* (...). (F.J. nº 8, sin cursivas).

Y más adelante, que:

“[...] tampoco puede compartirse la alegación de que el establecimiento del aprovechamiento susceptible de apropiación no forma parte de la delimitación del derecho de propiedad (art. 33.2 CE). *Lejos de ser algo ajeno al derecho*, es evidente que la regulación del *ius aedificandi* representa *el eje mismo de esta manifestación del dominio* (...).”

Así como que:

“Estos preceptos [con referencia al art. 34, “no adquisición del derecho a edificar” y al art. 36, “efectos de la extinción del derecho a edificar”, de la Ley 8/1990], atinentes al *derecho a edificar como facultad inherente al derecho de propiedad urbana* (...).

Lo que está en juego, en otros términos, son las *condiciones para poder materializar* el *ius aedificandi* del propietario del suelo, la obra realizada. Desde esta perspectiva, cabe concluir que la materia aquí regulada es, en primer término, *el derecho de propiedad urbana y, más en concreto, una de sus facultades básicas o elementales* (...).” (F.J. nº 17, apartado c, i y k).

En definitiva, pues, la posición que mantenemos supone el reconocimiento del *ius aedificandi*, como facultad integrante del contenido del derecho de propiedad –la “facultad de edificar”, según el artículo 8.1,b, de la vigente Ley de Suelo-, sin perjuicio de que para que el titular pueda materializar la edificación, en *ejercicio* de dicha facultad y derecho, sea necesario el cumplimiento de determinados límites¹⁸⁴, requisitos, deberes y cargas, así

¹⁸⁴ Según la *delimitación* del contenido del derecho, incluido el *ius aedificandi* o “facultad de edificar” que, conforme establece la CE (art. 33.2), ha de hacerse “de acuerdo con las leyes”, y que en materia de urbanismo, corresponde efectuar a la “ordenación urbanística”, es decir, a la legislación autonómica en esta materia, y completada por el planeamiento. Sobre el concepto de “delimitación” o fijación de límites al contenido del derecho y el límite que constituye el “contenido esencial” del derecho (art. 53.1 CE), véase lo expuesto en el Capítulo Segundo, epígrafe II. “El *ius aedificandi* debe considerarse incluido en el contenido esencial de la propiedad privada del suelo con vocación urbana, y ello en cuanto primera y fundamental manifestación de aquella facultad de goce funcionalizada, esto es, en cuanto que ese *ius aedificandi* representa la propia y específica manifestación de la facultad de goce directamente derivada del destino en que ha sido concretada la función social de aquel concreto derecho de

sustantivos –las determinaciones de la ordenación urbanística aplicable a la edificabilidad o aprovechamiento urbanístico- como formales, éstos mediante la obtención previa y preceptiva de la correspondiente licencia relativa a las obras de edificación y al uso a que se destine, en aplicación de la legislación administrativa.

C) *El “ius aedificandi” de la propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico (reenvío)*

Dada la trascendencia que la temática del aprovechamiento urbanístico tiene como contenido de la facultad de edificar, su análisis se hace específicamente en el capítulo siguiente.

D) *Ejercicio de la facultad de edificar y control administrativo*

La realización de obras de edificación, en ejercicio del *ius aedificandi*, viene sujeto a intervención administrativa previa –normalmente del municipio en cuyo territorio se halle el terreno o parcela y, en su caso, de la Administración autonómica-, cuyo objeto es controlar que las obras se adecuan a la ordenación urbanística, mediante el otorgamiento de la licencia urbanística correspondiente. La vinculación de los edificios a la ciudad, como decía el preámbulo de la Ley del Suelo de 1956, es tan estrecha que, al construir los edificios, se está al mismo tiempo construyendo la ciudad.

El carácter de acto administrativo reglado que tiene la licencia de obras supone que la Administración viene obligada a otorgarla o a denegarla según que la edificación proyectada cumpla o incumpla las normas de la ordenación, así como que se han cumplido, para poder ejercitar el *ius aedificandi*, los deberes y cargas de urbanización, para que la parcela edificable donde se proyecte construir, tenga la condición de “solar”. La licencia no otorga, pues, el *ius* o facultad de edificar, según lo dicho, pero requiere que, respecto al suelo –urbano o urbanizable- se hayan cumplido tales deberes y cargas condicionantes, pues, de ese ejercicio (aparte de otras condiciones jurídicas y técnicas: seguridad, salubridad e higiene, etc., de la edificación proyectada).

El carácter operativo de la actuación supone, asimismo, que la Administración puede inspeccionar de manera continuada la obra autorizada, para comprobar material y técnicamente si su ejecución se ajusta realmente a las

propiedad” (MUÑOZ GUIJOSA, M^a A., *El derecho de propiedad ...*, pág. 361). El *ius aedificandi* es una facultad esencial de la propiedad urbana, que también se manifiesta, como se ha indicado, incluso en el suelo rústico y no urbanizable, y cuyo ejercicio se concreta en la “edificación” *sensu stricto*. Es, pues, se ha dicho, “una facultad común pero de ejecución modulable en virtud de la función social de la propiedad” (AGUDO GONZÁLEZ, cit. “Concepción estatutaria ...”, pág. 40 y ss). Respecto al *ius aedificandi* de los propietarios de suelo rústico, remitimos al capítulo que más adelante dedicamos a este tipo de suelo (*infra*, Capítulo Octavo).

condiciones de la propia licencia y, en definitiva, de la ordenación aplicada. Las leyes urbanísticas autonómicas, en caso de conducta antijurídica del titular de la licencia, regulan por ello, además, el procedimiento administrativo - sancionador y de restauración del orden jurídico violado-, que, como resultado de estas actuaciones administrativas, puede producir determinados efectos derivados de la infracción urbanística (suspensión de las obras, imposición de sanción, restauración incluso material de la realidad física alterada). Ahora bien, con independencia de estas consecuencias jurídico-administrativas del ilícito urbanístico, también está la posibilidad de que, si éste hubiere producido daños o perjuicios a terceros, el perjudicado pueda ejercer la correspondiente acción de resarcimiento ante la jurisdicción civil, exigiendo al responsable o responsables del daño o perjuicio la indemnización que proceda¹⁸⁵.

V. RECAPITULACIÓN

La evolución de la sociedad decimonónica, predominantemente rural, a la sociedad urbanizada e industrializada del siglo XX, con los profundos cambios que esta evolución comporta (económicos, técnicos, etc.), tiene asimismo reflejo en el campo del Derecho y, en especial, sobre la propiedad privada del suelo. Con la nueva legislación urbanística que alumbra en nuestro ordenamiento – sobre todo a partir de 1956-, la funcionalidad tradicional de este derecho, que refleja el Código Civil en su artículo 350, adquiere una nueva dimensión al entrar en un proceso dinámico, como consecuencia de la expansión de la ciudad que tiene lugar en la sociedad urbana emergente. La lectura del precepto civil indicado y de la regulación que el propio Código establece de las relaciones de vecindad entre los predios, nos pone de relieve que su objeto no es otro sino fundamentalmente el de asegurar la concurrencia en el ejercicio por los propietarios de sus respectivos derechos, lo que a lo sumo justificaba la existencia de unas limitaciones de policía (art. 350) y excepcionalmente la expropiación (art. 349 CC).

La propiedad inmobiliaria urbana adquiere, en cambio, con la legislación urbanística, una nueva dimensión –dinámica-, que si bien no supone una ruptura de la institución jurídica de la propiedad privada (artículo 348 CC), la ordena sin embargo a determinados fines y funciones, sujetándola a una

¹⁸⁵ El sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas, que regulara la Ley del Suelo 1990-1992, a que antes se ha hecho referencia, y que de algún modo tiene reflejo en el artículo 7.2 de la actual Ley de Suelo estatal (2008), lleva a la doctrina civilista a hacer consideraciones respecto a las consecuencias jurídicas inter-privadas de tipo civil contra el propietario de la parcela, que conforme a dicho sistema pudiera sostener que, según la Ley del Suelo, no ha adquirido el *ius aedificandi* o no ha patrimonializado el derecho a la edificación (Véase en CARRASCO PERERA, *Relaciones Civiles ...*, pág. 96 y ss). Pese al precepto del art. 7.2 de la Ley de Suelo vigente, el contexto general de esta Ley (art. 8.5,b, 24.1 y concordantes), no permite, a nuestro juicio, la aplicación de ese sistema de adquisición gradual de facultades, en caso de que, de contrario, pudiera utilizarse su pervivencia.

concepción “estatutaria”, que supone la existencia de un “régimen urbanístico”, que inicialmente cristaliza en la Ley del Suelo de 1956 y que, con modificaciones posteriores (1975-76, 1990-92), ha mantenido su vigencia hasta que, debido a la sentencia constitucional 61/1997, se ha generalizado la descentralización territorial autonómica, en esta materia. En todo caso, no obstante, subsiste –a modo de *ius commune* urbanístico- el modelo regulatorio inspirado en la LS/1956, así como en la LS/1976, que paradójicamente dicha sentencia ha mantenido, como Ley “perenne” (que el Estado no podía derogar por ser una Ley urbanística y carecer el propio Estado de competencia en esta materia), aplicable de modo supletorio respecto a la legislación autonómica (y directamente en las “ciudades autónomas” de Ceuta y Melilla, que tampoco pueden derogarla por carecer de potestad legislativa).

La concepción estatutaria de la propiedad inmobiliaria urbana, también asumida en la actual Ley estatal de Suelo (arts. 7.1 y 8 de la LS/08), toma como punto de partida, asimismo, las genéricas facultades de uso, disfrute y disposición contenidas *ex essentia* en el derecho de propiedad privada, que modula estableciendo las “condiciones básicas” reguladoras que constituyen el estatuto básico de este derecho, vinculante para la ordenación territorial y urbanística autonómica (legislación urbanística) y local (planeamiento). El estatuto de la propiedad urbana constituye así un complejo bloque normativo, unitario –en su nivel básico- y diverso –en su proyección en el territorio-, que, atendiendo fundamentalmente al destino del suelo, dota a éste de una *funcionalidad* que, en último término, determina el tipo de uso y aprovechamiento de cada terreno, finca o parcela. El planeamiento es el que hace posible esta concreción de la ordenación urbanística y su propia ejecución, mediante diversas técnicas jurídicas (clasificación y calificación, urbanización mediante determinados procedimientos o “sistemas”, en régimen de equidistribución, mediante reparcelación) que configuran a la propiedad urbanística de una manera dinámica. Esto es, sujeta a un paulatino proceso de ordenación, de urbanización y de edificación y utilización, conforme a un estatuto o “régimen urbanístico”, al que ha de atenerse el ejercicio del *ius utendi, fruendi et disponendi* de la propiedad de que se trata, dentro de los límites que la propia ordenación estatutaria establece.

En especial, respecto al *ius aedificandi*, que forma parte asimismo del contenido del derecho de propiedad urbana del suelo, su *ejercicio* queda legalmente condicionado y subordinado al cumplimiento de los límites, deberes y cargas urbanísticas establecidas por la legislación autonómica en la materia. Pese a que la legislación estatal (art. 7.2 LS/08), parece inspirada en el modelo de adquisición gradual de facultades (que inspirara a la LS/92), según el cual la facultad o “derecho” de edificar se adquiere por el propietario cuando se hayan cumplido los deberes y cargas urbanísticas, y realizada la urbanización, se considera sin embargo que tal facultad de edificar es consustancial a la propiedad privada urbana, no sólo conforme a la concepción institucional del

dominio –del que el *ius aedificandi* constituye manifestación especial del *ius fruendi* propio de este tipo de derecho-, sino porque, además y conforme a esto, así se deduce del contexto de la propia legislación estatal del suelo (arts. 8.5,b, y 24.1 de dicha Ley, sobre todo, según lo razonado antes) e incluso de la jurisprudencia constitucional (sentencia TC 61/1997).

CAPÍTULO QUINTO

CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA URBANA (2). EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES Y CUESTIONES PRELIMINARES. 1. Sobre la incidencia del aprovechamiento de la propiedad inmobiliaria. 2. Sobre la desigualdad en la asignación del aprovechamiento urbanístico al suelo objeto de propiedad privada urbana y la exigencia de su corrección para evitar situaciones de trato discriminatorio entre propietarios. II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y NATURALEZA DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. 1. El aprovechamiento urbanístico: elementos característicos y definición. A) El “ius utendi” de la propiedad privada urbana: el “uso” del suelo y de las construcciones y edificaciones. B) La edificabilidad o “intensidad del uso”, elemento cuantitativo del aprovechamiento urbanístico. C) La llamada tipología edificatoria. 2. Sobre la naturaleza del aprovechamiento urbanístico: ¿facultad o derecho?. 3. Tipología del aprovechamiento urbanístico a efecto de equidistribución y, en su caso, de transferencia de una finca a otra. III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA, A EFECTOS EQUIDISTRIBUTIVOS DEL BENEFICIO O UTILIDAD QUE SUPONE. 1. Legislación estatal antecedente reguladora de las técnicas del aprovechamiento urbanístico “medio” y del aprovechamiento “tipo”. 2. La regulación de las técnicas de fijación y reparto del aprovechamiento urbanístico por la legislación de las Comunidades Autónomas. A) Leyes urbanísticas autonómicas inspiradas en la técnica del aprovechamiento medio de la LS/1975-76 (Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña y La Rioja). B) Leyes urbanísticas inspiradas en la técnica del aprovechamiento tipo de la LS/1990-1992 (Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, Navarra y Comunidad Valenciana). C) Leyes urbanísticas autonómicas que, a efecto de equidistribuir el aprovechamiento urbanístico, utilizan otras fórmulas para promediar éste (Madrid, Murcia y País Vasco). IV. ASPECTO ECONÓMICO: EL VALOR DEL SUELO, EN FUNCIÓN DE SU APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. 1. Ámbito de aplicación del régimen legal en materia de valoraciones de suelo: supuestos que exceptúan el valor “real” normal de éste en el mercado inmobiliario. 2. El aprovechamiento urbanístico en el sistema legal de valoraciones de suelo. 3. La asignación de aprovechamiento urbanístico únicamente a los terrenos integrados en la malla urbana (“suelo urbanizado”) en el vigente sistema legal de valoraciones de suelo. V. RECAPITULACIÓN.

I. CONSIDERACIONES Y CUESTIONES PRELIMINARES

La temática del derecho de propiedad urbana incluye, respecto a su contenido sustantivo, la referente al *ius aedificandi*, considerado en el capítulo precedente dentro de la dinámica a que legalmente viene sujeto, según su estatuto o régimen jurídico –urbanístico–, dicho tipo de propiedad. Atendiendo a esta especial regulación legal, civil y administrativa, se ha dicho que la propiedad urbana es una propiedad “estatutaria”, cuyo contenido en facultades –del que la de poder edificar viene a modular los clásicos *ius utendi et disponendi*

del titular del dominio- viene *delimitado* por un determinado estatuto jurídico normativo aplicable específicamente a la llamada propiedad urbana¹⁸⁶.

Esta particular modulación del tipo de propiedad de que se trata, como también se ha señalado, no podía menos que afectar a la tradicional regulación de nuestro ordenamiento civil y, en concreto, a su artículo 350 CC, que de modo general asigna al dueño de un terreno la posibilidad o facultad de “hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan”, aunque con las limitaciones legales a que alude y a las contenidas en los “reglamentos de policía”. La legislación urbanística de la segunda mitad del siglo XIX y sobre todo del XX, determina un profundo cambio a este respecto que va a incidir muy especialmente en la propiedad urbana, como consecuencia –mediata- de la nueva legislación del suelo –a partir sobre todo de la Ley así denominada, de 1956- y del proceso de la planificación urbanística. Se pasa así de primar el reconocimiento, por el referido precepto del Código Civil, de la “conveniencia” del propietario para realizar cualquier clase de obras sobre su terreno, a la atribución al poder público –legislativo y ejecutivo- de la función o competencia para decidir y establecer la ordenación jurídica y urbanística condicionante de modo mucho más intenso del ejercicio del derecho de propiedad privada urbana, en cuanto sujeto a la planificación detallada del desarrollo urbano¹⁸⁷.

Pues bien, bajo estos presupuestos y, por ende, del *ius aedificandi* del derecho de propiedad urbana, el ejercicio de este derecho por el titular, viene legalmente condicionado por la ordenación y planificación urbanística, que entre otras determinaciones establece una fundamental y proyectada al contenido de este derecho: es la determinación y fijación del *aprovechamiento urbanístico* correspondiente al suelo o terreno cuyo uso y disfrute trata de realizarse por el propietario o un tercero (superficiario, sobrelevante, o el

¹⁸⁶ Denominación ésta que suele utilizarse tanto por la doctrina civilista (así, LASARTE ÁLVAREZ, C., en sus *Principios de Derecho Civil*, IV, Edit. Trivium, 1998, pág. 64; y DE LOS MOZOS, J.L., en *Estudios sobre Derecho de Bienes*, Edit. Montecorvo, 1991, págs. 550, 558 y 566), como por la doctrina iuspublicista (así, ESCRIBANO COLLADO, P., en *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*, Edit. Montecorvo, 1979); aun cuando también se utilice usualmente, como equivalente, la denominación de “propiedad urbanística”, como señala C. LASARTE, cit., y que otros consideran con un matiz diferenciador, en cuanto alusiva a “una propiedad en transformación, dinámica, que surge cuando se aprueba un plan urbanístico y continúa mientras se urbaniza el suelo y se edifica éste; mientras que la “propiedad urbana” sería la propiedad del suelo cuando ha concluido el proceso de su transformación urbanística, con la urbanización (así, LLISSET BORRELL, F.: “La propiedad urbanística, con especial referencia a la Ley de Urbanismo en Cataluña”, en *Administración Local. Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, Edit. La Ley- El Consultor, 2011, pág. 1248).

¹⁸⁷ DE LOS MOZOS ha destacado las dos ideas fundamentales inspiradoras del moderno urbanismo y que inciden en la propiedad urbana: una, que el urbanismo constituye una verdadera función pública; y otra, que el contenido normal de dicho derecho de propiedad viene establecido como consecuencia de la planificación (*Estudios sobre ...*, pág. 550).

adquirente incluso para su materialización en otro terreno) habilitado el efecto por el correspondiente título. Es así como la ordenación urbanística vincula al titular del derecho de propiedad en relación a dos aspectos fundamentales y que condicionan más intensamente su “conveniencia” en la toma de su decisión de realizar obras en un determinado suelo o terreno: uno, es el *destino* que el dueño pretenda o haya de darle, y otro la *edificabilidad* permitida por la ordenación y planificación urbanística, que es la que fija la cantidad de volumen e incluso la forma o tipología que haya de adoptar la obra de edificación que se proyecte realizar. Por lo tanto, la voluntad y el interés del propietario del suelo viene limitada, respecto al contenido de su derecho de propiedad urbana y edificable, no solo en el aspecto cualitativo –respecto al *qué* o destino de las obras-, sino también respecto especialmente a la delimitación cuantitativa del alcance de la facultad de edificar (*quantum* del volumen edificable). Es, pues, en estos dos fundamentales aspectos como los planes de urbanismo determinan y concretan, en los suelos “clasificados” como urbanos y en los suelos urbanizables, el aprovechamiento urbanístico de los terrenos, que forma así parte del contenido del derecho de propiedad inmobiliaria urbana, delimitado por determinación, sucesiva y complementaria, de la ley –urbanística- y de modo concreto por los planes de ordenación, mediante las técnicas de clasificación y de calificación urbanísticas¹⁸⁸.

1. Sobre la inherencia del aprovechamiento de la propiedad inmobiliaria

La doctrina se plantea inicialmente una cuestión a propósito del contenido en aprovechamiento de la propiedad privada inmobiliaria: la de si ésta incluye como facultad básica, e incluso inherente a su propio contenido, la de edificar el suelo, como manifestación de la posibilidad de utilizarlo y aprovecharlo, o si por el contrario esta facultad, en suma el *ius aedificandi*, no es algo inherente al contenido del derecho de propiedad inmobiliaria, porque supone la transformación de la situación o estado natural del suelo, mediante un tipo de aprovechamiento, el urbanístico, que le viene legalmente atribuido al dueño, y cuyo cambio, de estado natural –rural o rústico- a urbano, sólo es posible conforme a la normativa urbanística. Posición esta última que es la mantenida por la jurisprudencia y la doctrina de forma mayoritaria.

A esta cuestión se ha hecho referencia en el capítulo precedente, donde hemos defendido la tesis de que la facultad de edificar preexiste al plan, sin perjuicio de que en éste haya de concretarse y justificarse su necesidad en el ámbito urbano, conforme a la legislación del suelo, que como allí se ha indicado, reconoce y regula tal facultad.

¹⁸⁸ A que se ha hecho referencia *supra*, en el Capítulo Cuarto, apartado III.4.

Ahora bien, la cuestión ha de plantearse incluso con mayor amplitud: no limitándola a la propiedad del suelo susceptible de desarrollo urbanístico, es decir, respecto del suelo clasificado por el planeamiento urbanístico como urbano y como suelo urbanizable, sino de modo más general: incluyendo también al suelo en situación natural (rústico, no urbanizable), dado que en este último tipo de suelo, es también natural –y lógico–, pongamos por caso –y ejemplo paradigmático de la facultad de edificar en suelo rural–, el que el agricultor, para llevar a cabo la explotación de una finca agraria, realice –secularmente– a fin de poder habitar él y su familia, edificando en el lugar donde se lleva a cabo el aprovechamiento de la propia finca. De aquí que, incluso, la legislación del suelo en materia de urbanismo reconozca esta realidad y admita –como admite de modo general, desde la estatal precedente y hoy de modo general en la vigente autonómica–, la edificación en suelo no urbanizable de la vivienda unifamiliar aislada, si bien bajo determinadas condiciones (de superficie mínima, que la construcción sea efectivamente aislada, y su vinculación a la explotación de la finca rústica, agraria, forestal, etc.)¹⁸⁹.

De lo anterior cabe inferir que lo que es inherente al contenido del derecho de propiedad privada inmobiliaria, de modo general, son las facultades propias de una utilidad o aprovechamiento *económico o productivo*¹⁹⁰, que en todo caso ha de ser conforme a la naturaleza y tipo de suelo (agrario, urbano, urbanizable), y que condiciona legal y estatutariamente el ejercicio del *ius aedificandi* propio del aprovechamiento específico y adecuado a cada clase o tipo de suelo. Es así que esta facultad de edificar inherente a las fincas rústicas venga como viene, racional y legalmente, limitada a que, en su ejercicio, las edificaciones y construcciones situables en el medio rural hayan de adecuarse a éste –por lo que no podrán, como es lógico, reunir las características de las edificaciones propias del medio urbano–; mientras que, en cambio, la propiedad urbana, esto es, de terrenos situados en suelo urbano o urbanizable, venga sujeta, según su específico estatuto jurídico, a un proceso de utilización y

¹⁸⁹ Así, en la vigente legislación autonómica: Andalucía, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre (art. 52.1, B); Asturias, el Texto Refundido (TR) aprobado por el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril (arts. 124 y 126); Canarias, el TR aprobado por el D. Legislativo 1/2000, de 8 de mayo (art. 62); Murcia, el TR aprobado por el D. Legislativo 1/2005, de 10 de mayo (art. 77.2), etc.

¹⁹⁰ Así, AGUDO GONZÁLEZ, J., considera que, conforme a la CE (arts. 33 y 53.1), el derecho de propiedad privada inmobiliaria ha de integrar facultades de aprovechamiento que valoren económicamente de forma actual y real la tenencia del bien. Sólo así la reconocibilidad del derecho es real y efectiva (“Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria”, *Revista de Administración Pública* nº 185 -2011-, pág. 36). Asimismo, sobre la inherencia del *ius aedificandi* en el contenido de la propiedad del suelo, MUÑOZ GUIJOSA, M^a A.: *El derecho de propiedad del suelo ...*, cit., Cívitas-Thomson, 2009, pág. 357 y ss.

transformación urbanística¹⁹¹. En definitiva, pues, en virtud de la destinación y aprovechamiento propios y específicos a que está asignado cada tipo de suelo, el derecho de propiedad privada inmobiliaria se “funcionaliza” así conforme al correspondiente régimen o estatuto jurídico¹⁹², de conformidad con el cual habrá de ejercitarse y materializarse la utilidad privada, y que específicamente respecto a la propiedad urbana constituye el aprovechamiento urbanístico, a cuyo análisis se dedica este y los dos capítulos que siguen.

La cuestión de la inherencia del *ius aedificandi* a la propiedad privada del suelo, como facultad de aprovechamiento, en suma, según la naturaleza y tipología propios de este bien inmueble, podría según esto ser resuelta de modo *general* en sentido positivo, en cuanto expresión de una *utilidad* real y efectiva propia del bien de que se trate. Reconocimiento que, sin embargo, ha de venir *jurídicamente* modulado en *función* del destino y características propias y específicas que el suelo haya de cumplir según su estado y situación, condicionantes de su diverso régimen jurídico estatutario (agrario, forestal, urbanístico). En este sentido, y por lo que se refiere a la propiedad inmobiliaria *urbana*, parece indudable que la inherencia en su contenido de las genéricas facultades de uso y disfrute del suelo, vengán moduladas *especialmente* respecto del suelo con vocación urbana, esto es, el urbano y el urbanizable, por el estatuto de la ordenación urbanística (ley y planeamiento), que *supone* la delimitación de su contenido (art. 33.2 CE) y, por lo tanto, con esta delimitación, la fijación del alcance de su peculiar aprovechamiento. Éste viene también diversificado, sin embargo, por la incidencia del principio constitucional de función social, determinante de situaciones de desigualdad entre los propietarios, que es preciso asimismo resolver jurídicamente por exigencia constitucional.

2. Sobre la desigualdad en la asignación del aprovechamiento urbanístico al suelo objeto de propiedad privada urbana y la exigencia de su corrección para evitar situaciones de trato discriminatorio entre propietarios

La asignación de aprovechamiento urbanístico suscita así otra cuestión de no menor relevancia: es la que se refiere a las exigencias impuestas por el

¹⁹¹ A que antes se ha hecho referencia (Capítulo Cuarto, epígrafe IV. Dinámica de la propiedad urbana). La s. TC 61/1997, a que allí se hace referencia, dice que la propiedad urbana incluye el *ius aedificandi* como “una de las facultades básicas o elementales” y al “derecho a edificar como facultad inherente al derecho de propiedad urbana” (F.J. nº 17, allí citado).

¹⁹² Sobre la propiedad urbana como “propiedad funcional”, *vid.* DE LOS MOZOS, J.L., *Estudios sobre ...*, pág. 566 y ss. *Vid.* asimismo, las consideraciones que, respecto a la inherencia del *ius aedificandi* al contenido de la propiedad urbana en el ordenamiento actual, en conexión con el régimen de valoración del suelo, hace MUÑOZ GUIJOSA en *El derecho de propiedad del suelo ...*, cit. en pág. 452 y s.

principio de igualdad, dado que esa asignación de aprovechamiento varía de unos terrenos a otros, y no solo en el aspecto cuantitativo, esto es, respecto de los volúmenes de edificabilidad, sino también cualitativo y funcional, ya que también afecta a los destinos y usos posibles, atribuidos a unos y a otros terrenos, lo que obviamente incide directamente en su mayor o menor utilidad económica y, en consecuencia, en un valor de uso y de cambio diferentes en el mercado inmobiliario. La desigualdad generada por la ordenación urbanística, y en concreto por el planeamiento, al atribuir concretamente a los diversos terrenos o parcelas ordenadas según clases y zonas, distintos aprovechamientos, plantea por ello un grave reto jurídico¹⁹³, que ha tratado de solucionarse en virtud de dicho principio, por la legislación de suelo, aunque dentro de determinados ámbitos espaciales, limitados inicialmente a efectos de la ejecución y gestión del planeamiento, mediante la reparcelación (Ley del Suelo de 1956) y que después han sido ampliados a la ordenación, desde el propio plan (por la Ley del Suelo de 1975-76, aunque sólo respecto al suelo urbanizable, mediante la técnica del “aprovechamiento medio”, no aplicable al suelo urbano) y finalmente extendido al suelo urbano no consolidado por la edificación e incluso al consolidado por ésta (conforme a la técnica del “aprovechamiento tipo”, en “áreas de reparto”, conforme a la Ley del Suelo de 1990-92).

El criterio de que la regulación de las técnicas urbanísticas es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, sentado por el Tribunal Constitucional (S. 61/1997), ha determinado la regulación por cada una de aquéllas de la fijación del aprovechamiento urbanístico, a cuyo régimen será necesario acudir hoy, por ello, para determinar éste y sus ámbitos de equidistribución¹⁹⁴. La legislación estatal se ha limitado por ello, en el nuevo contexto legislativo y competencial de la materia, y con fundamento constitucional (art. 149.1.1º CE), a establecer una normativa de igualación mínima respecto al derecho constitucional de propiedad, primero por la Ley estatal 6/1998 (art. 14.2, c) y después por la Ley 8/2007, en la actualidad sustituida por el Texto Refundido de 2008 (que asimismo acoge el principio de

¹⁹³ La desigualdad, inevitable para cualquier plan de ordenación, constituye un grave reto para la teoría jurídica –dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO-, “tanto materialmente, desde una preocupación por la justicia (una de cuyas facetas más relevantes es la de la igualdad), como desde la perspectiva misma [...] de la función de los planes como definidores del contenido normal de la propiedad, puesto que viene a resultar que ese contenido parece que va a ser casuísticamente diferente” (*Lecciones de Derecho Urbanístico*, Edit. Cívitas, 1979, vol. I, pág. 411 y s.).

¹⁹⁴ La heterogénea regulación legislativa autonómica existente, al respecto, ha venido a heredar bien la concepción del “aprovechamiento medio” de la LS/76, o bien la del “aprovechamiento tipo” de la LS/92, con algunas variantes, como se verá más adelante. Sobre la cuestión, BAÑO LEÓN, J. M^a: *Derecho Urbanístico Común*, Edit. Iustel, 2009, pág. 252 y ss.

equidistribución, en su art. 8.3,c, y 5,c, redactados por la Ley 8/2013). La genérica expresión de “edificabilidad media ponderada”, que la propia Ley estatal de Suelo utiliza (art. 16.1,b), con implícita referencia al aprovechamiento de la propiedad en proceso de transformación urbanística, engloba esas técnicas equidistributivas del aprovechamiento “medio” o “tipo”, de la legislación urbanística estatal precedente, hoy acogidas en la legislación urbanística autonómica, como con algún detalle se señala más adelante. Baste, pues, a nivel de principios jurídicos a este respecto, para solucionar la cuestión planteada, con lo de momento señalado.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y NATURALEZA DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

El aprovechamiento urbanístico es así propio y característico del derecho de propiedad privada inmobiliaria situada en terrenos o suelos que la ordenación urbanística, esto es la Ley y el plan de este tipo, clasifica como urbanos o como urbanizables. En principio, consiste el tipo de aprovechamiento que se considera, en la asignación que esta ordenación –y de modo concreto la planificación urbanística- hace de una determinada *edificabilidad* para ciertos *usos* o destinos, o su equivalente económico. Posibilita o permite, pues, al propietario del terreno la utilidad característica de los suelos situados en el medio urbano actual o potencial previsto para el desarrollo de la ciudad; a diferencia de la utilidad propia de los terrenos o suelos situados en el medio rural –y clasificados desde la perspectiva negativa, propia de la ordenación urbanística, como suelos “no urbanizables”-, cuyo aprovechamiento tiene naturaleza agrícola, forestal, cinegético o de otro tipo, distinto en todo caso del que es propio de las zonas urbanas.

La delimitación entre uno y otro tipo de utilidad o aprovechamiento vendrá, así, determinada en función de la situación de los terrenos y en concreto, respecto a la llamada propiedad urbana, por la ordenación urbanística, en cuanto es ésta la que determina qué terrenos tienen la condición de suelos urbanos o de suelos urbanizables y que, en cuanto tales, vienen dotados del correspondiente aprovechamiento urbanístico o eventualmente, en caso de no poder materializarse éste en el terreno, de su equivalente económico.

Ni que decir tiene que esta utilidad o aprovechamiento podrá realizarse o materializarse por el mismo propietario *ut dominus* directamente (edificando en su terreno o, en caso de no poder hacerlo según esa ordenación, cuando el terreno no sea edificable, percibiendo su valor económico equivalente, en supuestos en que el aprovechamiento urbanístico sea nulo o venga reducido en su cuantía); o bien enajenando, en ejercicio de su *ius disponendi*, esa facultad de aprovechamiento urbanístico, el dueño del terreno a otra persona, mediante la constitución de un derecho real de superficie o de un derecho de vuelo, y en otros supuestos previstos legalmente, que son considerados más adelante

(Capítulo Sexto). Sin perjuicio de lo cual, ya se nos pone de relieve que el aprovechamiento urbanístico puede ser objeto incluso de un derecho real independiente del suelo siempre y cuando su cesión o transferencia cumpla los requisitos que el ordenamiento jurídico establece¹⁹⁵.

1. El aprovechamiento urbanístico: elementos característicos y definición

La delimitación conceptual del aprovechamiento urbanístico requiere precisar los dos elementos, digamos sustanciales, a que ya se ha aludido antes, en la inicial aproximación a su concepto, y que son la edificabilidad y el uso o destino a que la ordenación jurídica vincula el suelo o terreno. A estos elementos sustantivos, ha de unirse otro, más bien adjetivo, que la ordenación urbanística denomina “tipología edificatoria”, y que condiciona la forma o manera como ha de concretarse en el terreno la edificabilidad correspondiente.

Veamos con algún detalle, con referencia a nuestro ordenamiento, estos elementos constitutivos –y definatorios- del aprovechamiento urbanístico, concepto nuclear y central del contenido del tipo de derecho que se considera.

A) El “ius utendi” de la propiedad privada urbana: el “uso” del suelo y de las construcciones y edificaciones

La noción jurídica de aprovechamiento urbanístico viene determinada en primer lugar y fundamentalmente por las posibilidades del uso o tipos de usos asignados por la ordenación urbanística a un determinado inmueble, bien al suelo y, por ende, a la edificación que en éste pueda construirse, bien a la construcción o edificio ya existente. La legislación del suelo se refiere a este elemento básico, tanto la LS/2008 como, sobre todo, la autonómica (urbanística): aquélla cuando se refiere a la propiedad del suelo y establece que su régimen estatutario “resulta de su vinculación a concretos destinos” (art. 7.1), aunque reenviando a la ordenación territorial y urbanística, dada la competencia en esta materia de las Comunidades Autónomas. Asimismo, en el ordenamiento estatal, la LS/1976 –aplicable como legislación supletoria, en defecto de la autonómica (conforme a la s. TC 61/1997)- también se refiere al uso o destino de los edificios y al aprovechamiento urbanístico en diversos preceptos (arts. 3.1, e; 11.1 y 2; 12.2.1, b y f, y 2.2,b; 84.2 y 4; etc.); debiendo resaltarse la correlación

¹⁹⁵ Como considera LASO MARTÍNEZ, J. L., a saber: es una cosa *intra commercium*, que no es contraria a la moral o al orden público, y que tiene individualidad suficiente para tolerar técnicamente la creación de relaciones jurídicas (*Derecho Urbanístico*, Edit. Montecorvo, III, 1982, pág. 265). Id. MEDINA DE LEMUS, M.: *La propiedad privada y el aprovechamiento urbanístico*, Edit. Colegio de Registradores, Centro de Estudios Registrales, 1995, pág. 242 y s. JIMÉNEZ LINARES, M^a J.: *El Derecho al Aprovechamiento Urbanístico*, Edit. Aranzadi, 1997, pág. 115 y ss.

que desde entonces se hace jurídicamente entre “uso” y “zona” (“zonas de distinta utilización”, dice el citado art. 3.1,e, LS/1976), en correspondencia con la técnica jurídica de la zonificación o “calificación urbanística de los predios” (art. 76 de la misma Ley) utilizada, con referencia a los planes de ordenación a que asimismo la legislación posterior remite desde entonces (LS/1992, art. 8), como también la legislación autonómica en la materia (así, la LS de la Región de Murcia, en su art. 56.2)¹⁹⁶.

La calificación de una misma zona puede admitir, sin embargo, varios usos, por ser compatibles entre sí, lo que hace posible que el propietario de una finca pueda elegir sobre el destino y utilización que proyecte respecto a ella; aunque como es lógico la diversidad de usos determine una mayor complejidad en la ponderación de éstos en la determinación del valor del suelo en relación a la edificabilidad que el planeamiento asigne a las fincas situadas en determinados ámbitos (“áreas de reparto”, según la LS/1992 y las leyes urbanísticas de Comunidades Autónomas en aquélla inspiradas), específicamente a efectos de equidistribuir el “beneficio” o utilidad que el aprovechamiento urbanístico representa.

B) *La edificabilidad o “intensidad del uso”, elemento cuantitativo del aprovechamiento urbanístico*

El *ius aedificandi* fijado por el planeamiento, como dice la LS/TR 2008, “sobre unidades aptas para ello” en suelo urbanizado (art. 8.5,b), esto es en parcelas urbanizadas y edificables, presupone la “edificabilidad para uso o usos determinados”, como dice este último precepto legal. La edificabilidad acota o delimita el alcance de un determinado volumen –el llamado volumen edificable- construible en un determinado terreno o parcela y cuantificado tradicionalmente en metros cúbicos por metro cuadrado, aunque en la actualidad se ha generalizado su expresión en metros cuadrados por metro cuadrado construibles¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Sobre la zonificación –orígenes, recepción en las leyes de suelo, concepto...-, *vid.* “La zonificación urbanística. Algunas innovaciones”, de ROMERO ALOY, M^a J., en Revista *Práctica Urbanística, La Ley*, nº 109 (2011), pág. 22 y ss.

¹⁹⁷ Cabe también que la edificabilidad no venga cuantificada directamente por el planeamiento urbanístico, al establecer éste sólo las condiciones edificatorias (superficie ocupable, alturas, retranqueos, etc.) de cuya aplicación en cada caso resultaría dicha cuantificación. A veces el plan se limita a fijar en términos absolutos la edificabilidad para un determinado ámbito territorial, fijando globalmente la superficie total de este ámbito (MERELO ABELA, J. M.: *Régimen jurídico y gestión del suelo urbano y urbanizable*, Ciis-Praxis, de Wolters-Kluwer, 2000, pág. 50). Esa última forma de cuantificar el volumen edificable ha sido la fijada por el planeamiento de La Manga del Mar Menor, con las consecuencias a que, por falta de control público, su aplicación ha dado lugar (absorción de volúmenes por quienes han adelantado la construcción de edificios

En este sentido, el volumen de edificabilidad es un concepto geométrico y matemático, que se expresa de forma numérica, respecto de una parte del espacio aéreo situado sobre un terreno¹⁹⁸, mediante un módulo o “coeficiente de edificabilidad” fijado por la ordenación urbanística y, en concreto, por el plan. Ahora bien, en su sentido jurídico, la edificabilidad viene ínsita en la facultad de edificar (*ius aedificandi*), que tiene el propietario del terreno o parcela edificable; sin perjuicio de la posibilidad de que éste disponga del ejercicio de dicha facultad a favor de otro, superficiario o sobrelevante, para llevar a cabo su edificación. En cualquier caso, ni que decir tiene que, una vez construido el edificio, el volumen edificable se transforma en volumen edificado, total o parcialmente, según y en la medida en que aquél se haya consumido o agotado¹⁹⁹.

Se trata obviamente de un uso beneficioso, rentable, lucrativo, ya se destine a una utilización residencial, industrial o comercial, en sus múltiples variantes, por contraposición a otros usos “no lucrativos”, en cuanto destinados a fines de interés público (dotaciones y servicios públicos o de interés general). El valor económico de un terreno o parcela edificable lo tiene, pues, como elemento o factor componente que interviene en el valor del producto final inmobiliario, que constituye la edificación susceptible de materializar en ese terreno, o eventualmente en otro.

C) *La llamada tipología edificatoria*

respecto a otros propietarios a quienes se ha denegado licencia para edificar por haberse agotado o consumido total o parcialmente dicho volumen).

¹⁹⁸ TORRES LANA, J. A. se ha referido en este sentido al volumen edificable, señalando su carácter tridimensional (aporta la tercera dimensión al derecho de propiedad inmobiliaria), y con referencia a R. SAVATIER y su estudio de “la propiedad del espacio”, *Revista de Derecho Urbanístico* nº 1, 1967, nuestro civilista habla de la “propiedad tridimensional” que vincula al tema urbanístico, en su libro *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Edit. Eunsa, Pamplona, 1975, pág. 58. Más adelante, TORRES LANA (págs. 112 a 114) se refiere a “una captación de espacio a efectos urbanísticos”; y de esta manera (dice después, pág. 321) “el volumen aparece como englobado en un sistema de coordenadas que lo configuran en horizontal y en vertical: la coordenada horizontal –eje de abscisas, podríamos decir- sería la existencia de un terreno urbano edificable; la vertical –eje de ordenadas- vendría dada por la *facultas aedificandi* sobre ese mismo suelo”.

¹⁹⁹ Con los efectos que produce en la “mutación de la titularidad” (el objeto de la propiedad es el edificio, del que el terreno es un mero soporte), y la “inversión de la idea de valor” en la relación existente entre la tierra y la edificación construida en ella, aunque el tradicional principio “superficie solo cedit” (que todavía recoge el art. 358 CC) se haya invertido hoy, al ser el suelo un mero elemento de radicación o localización (TORRES LANA, J. A., *ob. cit.* en la nota anterior, págs. 150 y ss).

A los anteriores elementos, cualitativo y cuantitativo, que son los más característicos y sustanciales del tipo de aprovechamiento definitorio de la propiedad urbana, se une otro determinante de la forma o modo como se ha de materializar la edificación respecto a la parcela y al uso, por exigencia de la ordenación urbanística (así, edificación residencial en manzana cerrada, en bloque abierto, edificación aislada, adosada, etc.). Es el propio planeamiento urbanístico el que establece y define las distintas tipologías edificatorias, no existiendo legalmente una relación cerrada de ellas²⁰⁰.

Todas estas funciones, propias y definitorias del aprovechamiento urbanístico que constituye la asignación a los terrenos clasificados como suelo urbano o urbanizable, de determinados usos, edificabilidad (o “intensidad de uso”) y tipología de edificatoria, son las que comprende la llamada calificación urbanística y los que maneja la legislación del suelo, al regular el aprovechamiento urbanístico o bien, cuando menos y con referencia a esos elementos fundamentales, la edificabilidad ponderada por el uso, como vamos a ver, más adelante.

En suma, el aprovechamiento urbanístico viene a ser el *ius utendi et fruendi* que constituye el contenido del derecho de propiedad privada inmobiliaria urbana, asignado por la ordenación urbanística a unos terrenos, y que faculta a su dueño -o, por voluntad dispositiva de éste, a otra persona-, para construir en una parcela edificable, un determinado volumen de edificabilidad y para un determinado uso/s conforme a una específica tipología edificatoria. En la legislación autonómica, la Ley andaluza 7/2002 lo define, objetivamente, como “la superficie edificable, medida en metros cuadrados, permitida por el planeamiento... sobre un terreno dado conforme al uso, tipología y edificabilidad atribuidos al mismo”²⁰¹.

²⁰⁰ MERERO ABELA, *Régimen jurídico ...*, pág. 50.

²⁰¹ Art. 59.1 de la Ley cit. Aprovechamiento urbanístico “objetivo” que la propia Ley diferencia del que califica de “subjetivo”, que corresponde al propietario de la superficie o terreno edificable, pero cuyo ejercicio condiciona el cumplimiento de los deberes urbanísticos (art. 59.2), entre cuyos deberes del propietario, respecto a la Administración pública, se halla el de cesión, en suelo clasificado como urbano no consolidado y en suelo urbanizable, al municipio, del 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico “objetivo”, por lo que el “subjetivo”, a que el propietario tiene derecho será el 90 por 100 restante, que constituye según este último precepto legal “el contenido urbanístico lucrativo de un terreno”, que tiene así un determinado valor económico como factor de la construcción de un edificio. Asimismo, existe un tercer tipo de aprovechamiento urbanístico, que la Ley andaluza denomina “medio”, a efecto equidistributivo del aprovechamiento en un “área de reparto”, para que “*todos los propietarios de terrenos incluidos o adscritos a la misma [tengan] un aprovechamiento subjetivo idéntico*” (art. 59.3). De forma análoga, la Ley aragonesa 3/2009 (arts. 131.2, 3 y 4, y 132.1); en Cantabria, su Ley 2/2001 (arts. 123 a 126); en Cataluña, el TR de su Ley de urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010 (art. 37) y 33 y ss del Decreto 287/2003; en Galicia, su Ley 9/2002 (arts. 18 y 111 y ss); en La Rioja, su Ley 5/2006 (arts. 125 y ss); en la CA madrileña, su Ley 9/2001 (art. 84 y s); en la Región de Murcia, el TR aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, da por supuesto el

2. Sobre la naturaleza del aprovechamiento urbanístico: ¿facultad o derecho?

En cuanto referido el aprovechamiento urbanístico al contenido del derecho de propiedad inmobiliaria urbana, se le ha considerado tradicionalmente como una *facultad* integrante de este tipo de derecho subjetivo patrimonial que es el de propiedad privada. Forma parte así de la sustancia y contenido de esta situación jurídica de poder sobre las cosas o bienes, que en el supuesto de la propiedad privada urbana está constituida por un inmueble o finca, esto es, por una superficie de terreno delimitada perimetralmente y atribuida a la titularidad de una determinada persona en concepto de dueño o propietario.

Ahora bien, una cosa es el objeto de la propiedad inmobiliaria, constituido por la superficie de una finca o terreno, que en principio puede tener o no atribuido un aprovechamiento urbanístico, y otra, distinta por esto, es que este tipo de aprovechamiento eventualmente, en su caso, tenga técnica y jurídicamente asignado. En sí mismo considerado, la doctrina ha señalado como características más señaladas de la edificabilidad o aprovechamiento urbanístico su inmaterialidad (se trata de un bien incorporal, asignado por la ordenación urbanística y, en concreto, por el planeamiento), que tiene un valor económico y patrimonial (en cuanto tiene la aptitud para entrar a formar parte de un patrimonio)²⁰², así como un valor jurídico (en cuanto susceptible de actos de administración y de disposición por su titular, que incluyen la posibilidad de transmisión o adquisición con independencia del suelo, conforme a la ordenación urbanística²⁰³).

concepto de aprovechamiento urbanístico, que utiliza a efecto de fijar los deberes de los propietarios de suelo urbano sin consolidar (art. 69.1,b) y de suelo urbanizable (art. 80,d), así como para fijar el aprovechamiento “de referencia” el plan general (arts. 99.1,g y 101.1,g) y en los planes parciales (art. 106,d).

²⁰² A. COSSÍO: “La teoría del patrimonio”, en *Estudios de Derecho Público y Privado*, en homenaje a SERRANO Y SERRANO, Publicaciones de la Facultad de Derecho de Valladolid, I, pág. 140.

²⁰³ Así, TORRES LANA, J. A., en *La configuración jurídica ...*, pág. 290 y ss. Con referencia a la nota de transmisibilidad del aprovechamiento urbanístico y los supuestos legalmente regulados en nuestro ordenamiento jurídico, LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M.: *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1995. Asimismo, NUÑEZ LAGOS, F.: “El aprovechamiento urbanístico y su transferencia”, en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1993 (pág. 103 y s). Por su parte, MEDINA DE LEMUS, M. dice que “cuando se contempla el derecho al aprovechamiento y la posibilidad o necesidad de su traslado mediato o inmediato entre fincas distintas, la cuestión se plantea en otros términos, puesto que no es tanto un elemento integrante del contenido dominical, cuanto un objeto de derecho *diferenciado* de la superficie sobre el cual cabe la posibilidad del ejercicio de facultades distintas que las que integran el contenido de la propiedad originaria sobre el suelo. Y entonces, el derecho al aprovechamiento

En consecuencia, puede considerarse de acuerdo con la doctrina actual que, si bien y conforme a la dogmática conceptual de la noción de derecho subjetivo, en cuanto ámbito de poder jurídico integrado en su contenido, por un conjunto de facultades –que definen el tipo de derecho subjetivo de que se trate–, hay supuestos en los que el aprovechamiento urbanístico constituye el objeto, como bien autónomo, susceptible de transmisión o transferencia por el titular del dominio con independencia de la superficie del terreno que lo tenga atribuido como propio, en cuyo supuesto bien puede ser configurado como derecho.

El aprovechamiento urbanístico, así pues, en cuanto forma parte del contenido del derecho de propiedad privada inmobiliaria, constituido por el *ius utendi et fruendi* de ésta en el ámbito urbano, si bien es una facultad del propietario, esto no es óbice a que, en determinados supuestos jurídicos y bajo determinadas condiciones –como se verá más adelante– pueda independizarse de la finca o terreno y transferirse, como tal aprovechamiento, por aquél a otra persona, e incluso materializarse en otro terreno distinto del de procedencia. En tal supuesto, esa facultad del propietario, independizada del suelo y transmitida a un tercero, puede calificarse también como derecho²⁰⁴ autónomo o independiente. Vendría, o viene a ser, así, una “facultad” legalmente objetivada como “derecho” real para su ejercicio en la propia finca (por el superficiario, o el sobreelevante) o en otra distinta a la que se transfiera su aplicación (en supuestos de las llamadas “transferencias de aprovechamiento urbanístico” de un suelo de procedencia a otro distinto).

urbanístico constituye una *objetivación legal* de una facultad tradicionalmente integrada en el contenido del derecho, lo que es posible desde el punto de vista civil, toda vez que aparece impuesta por la realidad legal, con independencia de las posiciones doctrinales sobre su concepto”. (*La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1995, pág. 244). *Vid.* asimismo JIMÉNEZ LINARES, M^a J.: *El derecho de ...*, pág. 205 y ss.

²⁰⁴ Esta es la conclusión a que llegan NUÑEZ LAGOS, F. (cit. en la nota anterior) y MEDINA DE LEMUS (*La propiedad privada ...*, pág. 244 y s), al distinguir entre “facultad”, cuando lo aplica al propietario sobre su finca, sea propia o sea de reemplazo en caso de reparcelación (que produce el efecto de subrogación real entre ambas); y “también derecho” cuando el aprovechamiento urbanístico de la finca se independiza de ésta y se transmite a tercero, si bien limitadamente. Se constituye en este caso la facultad de dominio en derecho real, independizado de la finca de procedencia y que tiene carácter de inmediatividad y que se puede hacer valer frente a terceros. Asimismo, JIMÉNEZ LINARES, M^a J., en *El derecho de ...*, obra cuyo título es suficientemente expresivo al respecto (“el derecho al aprovechamiento urbanístico”) y cuyas características esenciales expone en la pág. 107 y ss, al tratar de dicho aprovechamiento “en cuanto objeto de derecho”, así como después al referirse a su naturaleza (pág. 125 y ss). Y PÉREZ PÉREZ, E., se refiere a diversos “derechos autónomos” sobre el vuelo y el subsuelo de un terreno, en *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Edit. Bosch, Barcelona, 2004, págs 88 a 96.

La legislación urbanística estatal precedente utilizaba los términos “facultad” y “derecho” para referirse indistintamente al aprovechamiento urbanístico (arts. 23.1,b, y 26 a 30 de la LS/1992, respectivamente), mientras que la LS vigente, Texto Refundido de 2008, utiliza con más propiedad el de “facultad”, para referirse en general a la “edificabilidad para uso o usos determinados” en régimen de equitativa distribución de este beneficio –así como de las cargas- entre todos los propietarios afectados por la acción urbanística (art. 8.3,c y 5,c, según la Ley 8/2013). La legislación autonómica actual utiliza, sin embargo, uno y otro indistintamente, especialmente en aquellas Comunidades Autónomas inspiradas en el modelo de la LS/1992, como se señala más adelante.

3. Tipología del aprovechamiento urbanístico a efecto de equidistribución y, en su caso, de transferencia de una finca a otra

Se considera necesario traer aquí a colación una serie de distinciones que la doctrina y la legislación en la materia utiliza respecto al elemento cualitativo del aprovechamiento urbanístico, esto es, con referencia al uso o usos posibles de que el suelo urbano y el suelo urbanizable, según las diferentes zonas fijadas por el planeamiento (mediante la técnica de calificación), es susceptible. Esta perspectiva determina ante todo una primera distinción básica, hecha en función de la rentabilidad económica de los usos: es la que diferencia entre aprovechamientos *lucrativos* y aprovechamientos *no lucrativos*, también llamados éstos expresivamente “cero” y “nulo”, supuesto que carecen de rentabilidad en el terreno económico. Todo aprovechamiento urbanístico asignado por el planeamiento tiene la consideración de lucrativo, en cuanto susceptible de ser rentabilizado en el mercado inmobiliario; pero se exceptúa de esta consideración económica el suelo destinado por el plan para viario, zonas verdes, equipamientos y dotaciones públicas (de titularidad pública)²⁰⁵. La legislación urbanística no recoge esta distinción, aunque para calcular, *a efectos equidistributivos*, el aprovechamiento promedio –“medio” o “tipo”- de cada ámbito territorial (“área de reparto”), ha de computarse normalmente sólo el aprovechamiento lucrativo, incluso el de zonas dotacionales privadas.

Otra distinción clave -específicamente a efecto del régimen legal de la de su cesión o transferencia- es la que diferencia entre aprovechamiento

²⁰⁵ La circunstancia de que sólo el aprovechamiento lucrativo resulte relevante para determinar el aprovechamiento promediado y, consiguientemente, el susceptible de apropiación privada o correspondiente al propietario, no justifica, en absoluto, que el planeamiento deje sin ordenar el aprovechamiento –por definición no lucrativo- correspondiente a las dotaciones públicas, pues es evidente que la regulación del uso de los terrenos y edificaciones, función esencial atribuida al planeamiento urbanístico, no se limita por norma alguna a los usos lucrativos (MERELO ABELA, J. M., en *Régimen jurídico ...*, pág. 50 y s).

urbanístico *objetivo* (también denominado “real”), que es el fijado y permitido por el planeamiento urbanístico, y aprovechamiento *subjetivo*, que es el que corresponde privativamente al propietario del terreno (también llamado aprovechamiento “privativo” y “patrimonializable”)²⁰⁶, aplicando a la superficie de terreno el aprovechamiento promedio –medio o tipo- o de un porcentaje de éste (de la “edificabilidad media ponderada”, dice la LS/2008, en su artículo 16,1,b, que establece con carácter general una horquilla entre el 5 y el 15 por 100, dentro de la cual ha de modularse por la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma, que por lo general establece el 10 por 100, como deber de cesión gratuita al municipio, como se verá más adelante; por lo que el aprovechamiento urbanístico subjetivo o correspondiente a los propietarios, será también, por lo general, del 90 por 100 restante). Ahora bien, ambos tipos de aprovechamiento, objetivo y subjetivo, coinciden cuando no operan legalmente dichos ámbitos de reparto de beneficios –del aprovechamiento urbanístico, obviamente- y de deberes y cargas legalmente impuestas a los propietarios (como sucede en suelos urbanos consolidados).

III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA, A EFECTOS EQUIDISTRIBUTIVOS DEL BENEFICIO O UTILIDAD QUE SUPONE

La legislación urbanística estatal precedente (textos de 1976 y 1992), así como la actual normativa autonómica en la materia que se considera, recoge de modo general –aunque de manera limitada-, el principio de reparto equitativo de beneficios y de cargas derivados de la acción urbanística, conocido usualmente como principio equidistributivo, para tratar de solucionar la cuestión de la asignación de aprovechamientos urbanísticos diferentes a los terrenos o fincas ordenadas por el planeamiento. Se trata de hacer efectivos a este respecto nada menos que los principios-valores de justicia y de igualdad en la ordenación y gestión de la acción urbanística referente a la propiedad inmobiliaria urbana. No sería, en efecto, justo el trato discriminatorio que un plan urbanístico realiza al asignar a unos propietarios un determinado volumen de edificabilidad, diferente en su cuantía y para uso o usos que además pueden variar en su potencial rentabilidad, de unos suelos respecto a otros, o incluso

²⁰⁶ En la legislación estatal del período 1990-1992 se disponía que el aprovechamiento subjetivo no correspondía al propietario por la mera aprobación del planeamiento, sino que era susceptible de adquisición por dicho propietario, mediante el cumplimiento de los correspondientes deberes urbanísticos. Sólo así se iría patrimonializando el aprovechamiento. La Ley 6/1998 se apartó de este esquema, constituyendo el cumplimiento de deberes urbanísticos condiciones de mero ejercicio (art. 2.1) y no de la propia adquisición de las facultades urbanísticas (MERELO ABELA, *Régimen jurídico ...*, pág. 51). La LS/2008 (art. 7.2) parece volver al modelo de la LS/1992, como se ha visto en el Capítulo precedente (IV.2,B).

sin ningún aprovechamiento lucrativo (nulo o cero), como sucede respecto a suelos destinados por el plan para viario público o zona verde.

De aquí, como ha dicho el Tribunal Constitucional, la exigencia o “mandato de equidistribución que contiene la norma [que] pretende garantizar la igualdad de los propietarios urbanos” (sentencia 164/2001, de 11 de julio, FJ décimo); mandato hoy recogido por ello en la LS/TR 2008 (arts. 8.3,c y 5,c; 9.4, redactados por la Ley 8/2013; y art. 27, entre otros), y que vincula al legislador autonómico por virtud del texto constitucional (art. 149.1,1º CE).

1. Legislación estatal antecedente reguladora de las técnicas del aprovechamiento urbanístico “medio” y del aprovechamiento “tipo”

La desigualdad proveniente del propio planeamiento urbanístico ha tratado por ello de ser corregida, aunque con alcance diverso, respecto del aprovechamiento de la propiedad urbana. En la legislación preconstitucional, la reforma de la Ley del Suelo de 1956 operada en 1975 (Texto Refundido de 1976), ya supuso un importante avance: el que determinó pasar del limitado juego del principio de igualdad en la Ley de 1956²⁰⁷ a la reforma llevada a cabo en 1975-76, que establecía respecto del suelo urbanizable programado –por el plan general o bien después, si no estuviese programado, a través de un “programa de actuación urbanística”-, mediante la regulación de la figura del “aprovechamiento medio”, que permitía igualar, desde la propia *ordenación* del plan, el tratamiento de los propietarios de suelo, pero que se limitaba así a dicha clase de suelo; sin alcanzar por lo tanto la igualación a la edificabilidad de los propietarios de terrenos en suelo urbano, limitada pues a la que el plan general asignara a sus fincas, pero sin que su heterogeneidad pudiera ser corregida²⁰⁸.

²⁰⁷ La técnica jurídica de la reparcelación sólo se ve limitada, como tal, a la fase de ejecución de los planes urbanísticos y específicamente mediante el sistema de cooperación (art. 116.5, en conexión con el 81, LS/1956), quedando pues fuera la virtualidad del principio desde el propio plan de ordenación. La igualación de los propietarios quedaba limitada así a que un propietario/s sufriera lesión en más de 1/6 como consecuencia de la comparación que había que hacer entre la superficie del terreno que le perteneciese con la de otros propietarios y la total del polígono o manzana a urbanizar. Más allá no llegaba, por lo tanto, la reparcelación; y la igualación venía limitada de modo general a un mínimo de *ius aedificandi* fijado para el suelo rústico (el famoso 0,2 m³ por m², o como decía el art. 69 de dicha Ley, “un metro cúbico, como máximo, por cada cinco metros cuadrados de superficie”, con las salvedades que el mismo artículo señalaba a continuación (fincas mejorables, vivienda unifamiliar, etc.).

²⁰⁸ Sobre esta técnica del aprovechamiento medio, puede consultarse en la doctrina que primeramente estudió el tema, LÓPEZ PELLICER, J. A.: “Concepto y funciones del aprovechamiento urbanístico medio”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 195 (1977), pág. 501 y ss. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor, 1980, pág. 106 y ss. PERALES MADUEÑO, F.: “La reforma de la Ley del Suelo”, *Revista de Derecho Urbanístico* nº 49 (1976): El aprovechamiento medio queda así “desmaterializado”, dice este último autor, y puede valorarse con independencia de la edificabilidad que la parcela en concreto tenga.

Una breve referencia a la figura del “aprovechamiento medio” parece conveniente hacer aquí, aunque sólo sea porque en esta técnica de igualación se ha inspirado, en mayor o menor medida, la actual legislación urbanística de determinadas Comunidades Autónomas, a que después se aludirá. El llamado aprovechamiento urbanístico “medio” se fijaba conjugando el *volumen* de edificabilidad y los *usos* globales señalados por el plan a los terrenos susceptibles de tráfico jurídico privado (excluidos por ello del cómputo los que no fueren susceptibles de este tráfico, como los destinados para dotaciones públicas); volumen edificable y usos que, dada su heterogeneidad, había que “homogeneizar” según sus valores relativos. El régimen contenido en el LS/1976 (arts. 12.2.2,b; y 16.2,b; y 84, fundamentalmente) permitía fijar el aprovechamiento “medio” en tres niveles: el general (para toda la superficie de suelo urbanizable programado), el sectorial o correspondiente a cada sector, y el aprovechamiento específico, de cada finca en concreto; a fin de poder comparar el a.m. de cada sector con el a.m. general, para deducir si aquél era inferior o superior a éste, en cuyos supuestos los propietarios verían reducidos proporcionalmente sus deberes y cargas (a.m. inferior al general) u obligados a ceder el exceso de aprovechamiento (en caso de a.m. superior al general), exceso que debía ser objeto de cesión obligatoria al municipio (con independencia del 10 por 100). El a.m. individualizado, esto es el correspondiente a cada finca en concreto, se obtenía finalmente aplicando el 90 por 100 del aprovechamiento que corresponda –resultante de deducir el citado 10 por 100 de cesión obligatoria al municipio- a la superficie de la respectiva finca. Este era, en síntesis, el funcionamiento de la técnica del aprovechamiento medio.

La exigencia de igualar proporcionalmente y, por esto, de promediar el aprovechamiento urbanístico, fijando a éste un valor unitario desde la ordenación del planeamiento, se tecnifica con la reforma de la precedente Ley del Suelo, llevada a cabo en 1990 (TR-1992), mediante la determinación que establece de fijar el planeamiento general un llamado “aprovechamiento tipo” por “áreas de reparto” no solo en suelo urbanizable (al que se limitaba el precedente aprovechamiento “medio”), sino también después el “tipo”, en suelo urbano no consolidado: Por cada “área de reparto” (art. 94 TR-LS) *el plan* tenía que fijar un aprovechamiento así denominado, “tipo” (art. 95), cuya determinación y forma de calcularlo regulaba la propia LS estatal, según la clase de suelo, urbano (art. 96) y urbanizable (art. 97).

En síntesis, se obtenía dividiendo el aprovechamiento lucrativo total de las zonas incluidas en cada área de reparto –expresado en m² construibles del uso preferente característico- por la superficie total del área, previa ponderación relativa del uso y tipología edificatoria característica de las distintas zonas en relación con el uso definido como característico (o predominante en el área de reparto). Esta ponderación relativa de los usos de las distintas zonas de cada

área, había de realizarse por el plan mediante la fijación de un “coeficiente de ponderación”, asignándolo al uso y tipología edificatoria característicos, o predominantes, según la ordenación, y a los demás usos y tipologías valores superiores o inferiores a la unidad, en función de las circunstancias concretas del municipio y área de reparto²⁰⁹. La *concreción* sobre el terreno del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada propietario se realizaría después, en fase de ejecución del planeamiento, mediante la reparcelación²¹⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentada en su sentencia 61/1997, de 20 de marzo, y reiterada en la sentencia 164/2001, de 11 de julio, ha determinado que la regulación de las técnicas urbanísticas y, en especial, el cálculo del aprovechamiento urbanístico, corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas: La competencia para determinar los ámbitos de equidistribución y la forma de determinar el aprovechamiento urbanístico corresponde, como dice la s. 164/2001, a cada Comunidad Autónoma en su ámbito territorial. Al no ser ya competencia del Estado, sino autonómica, regular esta materia, son pues las leyes urbanísticas autonómicas las que recogen el régimen del aprovechamiento urbanístico, por lo que a ellas necesariamente hay que referirse al respecto. La Ley estatal de Suelo vigente –el Texto Refundido de 2008- utiliza como se ha indicado un concepto análogo, el

²⁰⁹ Para poder homogeneizar la diversidad de usos y tipologías edificatorias, respecto del “característico”, o predominante, según el planeamiento, el propio plan ha de fijar, de manera justificada, “coeficientes de ponderación relativa” entre dicho uso y tipología –al cual se le asignará el valor de la unidad- y los demás usos y tipologías, a los que corresponderán valores superiores o inferiores, en función de las circunstancias concretas del municipio y área de reparto. Así lo establecía el artículo 96.3 de la Ley del Suelo-TR de 1992, y un ejemplo de cómo se aplicaría esta norma podría ser el siguiente:

| <u>Zona</u> | <u>Uso</u> | <u>Tipología edificatoria</u> | <u>Coefficiente</u> |
|-------------|-------------|--------------------------------|---------------------|
| A | Residencial | Edificación en manzana cerrada | 1 (característico) |
| B | Id. | Edificación abierta | 1,3 (c. ponderado) |
| C | Comercial | Edificación en manzana cerrada | 0,8 (c. ponderado) |
| D | Industrial | Polígono | 0,6 (c. ponderado) |

(LÓPEZ PELLICER, J. A., en *Comentarios a la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1992*, en colaboración con LLISSET BORRELL, F. y ROMERO HERNÁNDEZ, F., tomo I, Edit. El Consultor de los Ayuntamientos, 1993, pág. 524).

Respecto a los “coeficientes de ponderación en el cálculo del aprovechamiento tipo, en el planeamiento general y en el planeamiento de desarrollo y en la reparcelación”, con detalle, es muy ilustrativo el estudio realizado por SANTOS DíEZ, R. y JALVO MÍNGUEZ, J. publicado en *Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, Edit. La Ley-EC, 2011, págs. 1323 y ss.

El concepto de aprovechamiento “tipo” es, pues, semejante al del aprovechamiento “medio” de la LS/1976 (precisiones técnicas a un lado) y, como él, permite reducir las desigualdades entre los propietarios resultantes de la ordenación al posibilitar una asignación de aprovechamientos apropiables por cada propietario, proporcional a la superficie de la que cada uno de ellos es titular (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *ob. cit.* en la nota precedente, 22ª edición, 2011, pág. 141).

²¹⁰ *Ut supra*, Capítulo Cuarto, apartado 4.C.

de “edificabilidad media ponderada”, pero remitiendo, por ello, a la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística (ahora autonómica), sobre la base y en virtud del principio de distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios en proporción a su aportación (arts. 8.3,c y 5,c, y 16.1,b, según la redacción dada por la Ley 8/2013); principio básico éste que incluye no solo el aprovechamiento urbanístico (beneficio) sino también el de deberes (o cargas), que legalmente condicionan el ejercicio del *ius aedificandi*.

La legislación de suelo estatal se limita, pues, a establecer como principio básico el de equidistribución, a fin de garantizar la igualdad de todos en el ejercicio del derecho constitucional de propiedad privada (art. 149.1.1º CE), pero sin entrar a regular las técnicas concretas que instrumentan este principio, que queda a disposición de la legislación autonómica.

2. La regulación de las técnicas de fijación y reparto del aprovechamiento urbanístico por la legislación de las Comunidades Autónomas

La legislación urbanística de cada una de éstas ha venido a heredar, con ciertas variantes, alguna de las concepciones del aprovechamiento urbanístico provenientes de la legislación estatal precedente, bien de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1976 (“aprovechamiento medio”), o bien de la de 1990, TR de 1992 (“aprovechamiento tipo”), independientemente de la nomenclatura empleada por la Ley autonómica correspondiente (pues a veces se utiliza una de estas denominaciones dando sin embargo acogida al régimen de la otra; y algunas leyes autonómicas utilizan otra denominación diferente de aquéllas); si bien, en todo caso, se requiere la regulación, a nivel de *ordenación* propio del planeamiento de ámbitos territoriales de reparto y de la forma de fijar un valor unitario del aprovechamiento promedio que permita cumplir con el principio básico de equidistribución del beneficio que el aprovechamiento supone (así como también, y en razón de la función social de la propiedad privada inmobiliaria, de los deberes y cargas a repartir asimismo entre todos los propietarios); y a nivel de *ejecución* del planeamiento de otros ámbitos de actuación (polígonos, unidades de ejecución o de actuación), mediante la reparcelación.

Dada la heterogeneidad de la legislación urbanística territorial, cabe no obstante distinguir, atendiendo a la concepción al menos predominante en la normativa autonómica correspondiente, varios grupos, aunque con ciertas particularidades específicas respecto al modelo seguido.

A) *Leyes urbanísticas autonómicas inspiradas en la técnica del aprovechamiento medio de la LS/1975-76*

Se incluyen en este grupo, con determinantes variantes, las leyes urbanísticas de Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña y La Rioja.

En la mayor parte de ellas, sin embargo, y como vamos a ver, el alcance de la equidistribución del aprovechamiento urbanístico se reduce respecto del ámbito territorial en la LS de 1976 (que regulaba el aprovechamiento medio globalmente para todo el suelo urbanizable “programado”), al establecerse por la legislación autonómica inspirada en este modelo para ámbitos territoriales inferiores (un sector o sectores) y no para todo el suelo urbanizable, ahora clasificado como “delimitado” (por el planeamiento); por el contrario, también ha de fijarse el aprovechamiento medio para el suelo “urbano no consolidado”.

a) Aragón

La Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo, tras definir en su artículo 131 a los conceptos de aprovechamiento objetivo y subjetivo²¹¹, regula el “aprovechamiento medio” como “el resultado de calcular el promedio de los aprovechamientos urbanísticos objetivos establecidos por el planeamiento en un determinado ámbito territorial con objeto de hacer posible la ejecución del planeamiento mediante la distribución equitativa entre los propietarios de los aprovechamientos subjetivos y las cargas generadas por el desarrollo urbano, así como, en su caso, la participación directa de la comunidad en las plusvalías urbanísticas”²¹².

Respecto del *ámbito territorial* a fijar a estos efectos, equidistributivos y ejecutivos, la Ley aragonesa regula la forma de fijar el aprovechamiento urbanístico medio “objetivo” sectorial y el de todo el suelo urbanizable delimitado por el plan general, así como el de cada unidad de ejecución.

- El aprovechamiento medio de un sector en suelo urbano o urbanizable se calculará dividiendo por su superficie el aprovechamiento objetivo asignado por el planeamiento a las distintas unidades de ejecución incluidas en el mismo, o, de no estar delimitadas, a los terrenos de dicho sector (art. 132.3).

²¹¹ El “aprovechamiento objetivo” se define como la edificabilidad de “la superficie de suelo edificable homogeneizada respecto del uso y tipología características, medida en metros cuadrados, que permitan el planeamiento general o los instrumentos que lo desarrollen, sobre un terreno dado conforme al uso, tipología e índice de edificabilidad atribuidos al mismo”; que diferencia la Ley aragonesa del “aprovechamiento subjetivo”, referente al “contenido urbanístico lucrativo de un terreno, que su propietario y, en su caso, el municipio pueda incorporar a su patrimonio” (art. 134, 3 y 4 Ley cit.).

²¹² Art. 132.1. En la determinación del “aprovechamiento medio” la Ley aragonesa permite que el planeamiento ordena el cómputo del aprovechamiento del subsuelo: “El planeamiento urbanístico podrá ordenar el cómputo de los aprovechamientos objetivos del subsuelo para calcular el aprovechamiento medio del ámbito correspondiente” (art. citado *in fine*).

- El aprovechamiento medio del suelo urbanizable delimitado, o de los ámbitos resultantes de la agrupación de sectores dotados de un mismo uso característico residencial unifamiliar o plurifamiliar, industrial o terciario, se calculará dividiendo por su superficie el aprovechamiento objetivo asignado por el planeamiento a los distintos sectores, ponderando las circunstancias urbanísticas que afecten a cada sector en relación con los demás (art. 132.4).

- Y en cuanto al aprovechamiento medio de una unidad de ejecución en suelo urbano o urbanizable, se calculará dividiendo por su superficie el aprovechamiento objetivo asignado por el planeamiento a los terrenos incluidos en la misma, aplicando los coeficientes precisos de homogeneización de zona. No podrán delimitarse, sin embargo, unidades de ejecución en las que la diferencia entre el aprovechamiento objetivo de cada unidad y el resultante de la aplicación del aprovechamiento medio del sector, cuando exista, sobre su superficie, sea superior al quince por ciento de este último (art. 132.2)²¹³.

La vigente Ley urbanística aragonesa, a diferencia de la precedente Ley 5/1999 –que no regulaba la forma de homogeneizar el aprovechamiento urbanístico objetivo–, regula los “coeficientes de homogeneización” “de usos y tipologías edificatorias, en atención a sus respectivos valores de repercusión de suelo urbanizado determinados sobre la base de un estudio de mercado”, de forma justificada por lo tanto²¹⁴. Precizando respecto al uso, que el “característico” es “el de mayor edificabilidad” de los existentes en el sector o unidad de ejecución; y estableciendo que se considerará “uso específico” el residencial para la construcción de viviendas protegidas, cuyo coeficiente de

²¹³ En todo caso, para el cálculo del aprovechamiento medio, según detalla el art. 132.5, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas: a) Se incluirán, en la superficie de la unidad de ejecución, sector, ámbitos resultantes de la agrupación de sectores de suelo urbanizable no delimitado o del conjunto del suelo urbanizable delimitado, los terrenos destinados a sistemas generales incluidos en los mismos y aquellos terrenos o aprovechamientos que, aun hallándose en otra clase de suelo, sean adscritos a ellos por el planeamiento para su obtención. b) No se incluirán, en el cómputo de los aprovechamientos objetivos del ámbito correspondiente, los aprovechamientos asignados a los terrenos destinados a equipamientos públicos.

²¹⁴ Con la finalidad de garantizar la equitativa distribución de beneficios y cargas, siempre que quede acreditado objetivamente mediante riguroso estudio de mercado avalado por los servicios técnicos municipales o por sociedad de tasación independiente que los coeficientes de homogeneización previstos en el planeamiento o en el proyecto de reparcelación no se corresponden con la realidad de mercado, podrán determinarse y aplicarse coeficientes de homogeneización específicos y actualizados conforme al señalado estudio de mercado. Para ello, respetándose el derecho al aprovechamiento subjetivo que les corresponde a los propietarios de la actuación en función del establecido en la fase de planeamiento general, se aplicarán a la superficie edificable derivada de aquél los diferentes coeficientes de homogeneización correspondientes a cada uso pormenorizado, procediéndose, posteriormente, a la adjudicación de las edificabilidades, así ponderadas, a los diferentes titulares de acuerdo a sus respectivos derechos (art. 133.4 Ley 3/2009).

ponderación, a establecer por el plan general, será único para todas las tipologías edificatorias (v. art. 133.2 y 3 Ley 3/2009).

De otra parte, en lo que se refiere al aprovechamiento urbanístico “subjetivo”, correspondiente al propietario de un terreno, la actual Ley aragonesa (artículo 134 y s) distingue las clases de suelo y determina que en suelo urbano consolidado es equivalente al aprovechamiento objetivo establecido por el planeamiento (art. 134.1), a diferencia de lo que sucede en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable, en los que el aprovechamiento subjetivo del propietario es el que resulte de aplicar a la superficie del terreno de su propiedad el 90 por 100 del aprovechamiento medio del sector o de la unidad de ejecución (en suelo urbano) o del suelo urbanizable delimitado o bien del sector en caso de suelo urbanizable no delimitado; supuesto que el 10 por 100 restante del aprovechamiento subjetivo corresponde legalmente a la Administración. Y en el supuesto de que el aprovechamiento objetivo exceda del subjetivo, la diferencia también corresponde a ésta, que podrá destinarlo para compensar a propietarios de terrenos que se hallen en la situación inversa o, en su caso, para dotaciones públicas locales o generales (art. 136; de forma análoga a lo que la Ley de Suelo TR de 1976 establecía en su artículo 86.2 y 4).

b) Asturias

La normativa urbanística asturiana, contenida en el TR aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, se limita a regular la determinación del aprovechamiento urbanístico “medio” que ha de contener el plan general de ordenación respecto del suelo urbano no consolidado y del suelo urbanizable. Pese a la parquedad de su regulación, enlaza con el régimen de la LS/1976 (art. 12.2.2,b), ya que la determinación del aprovechamiento medio ha de hacerse en función de *usos* –globales en suelo urbano no consolidado y detallados en el plan parcial del sector- e *intensidades* –edificabilidad- fijados a los terrenos no destinados para usos y servicios públicos, “homogeneizados según sus valores relativos” (como decía dicha Ley estatal y su desarrollo por el Reglamento de Planeamiento Urbanístico de 1978, art. 31); que completa la Ley aragonesa (art. 60, j, y 62,d), con referencia a que ese aprovechamiento “homogeneizado” sea “corregido mediante la aplicación de los coeficientes previstos en la normativa catastral” reglamentariamente.

A estos efectos, la Ley autonómica distingue, respecto al ámbito territorial, que la fijación del aprovechamiento medio en suelo urbano no consolidado podrá hacerse “para cada polígono o unidad de actuación”, o bien para “áreas superiores”, “en función de las características específicas de cada núcleo urbano” (art. 60,j, *in fine*); mientras que en suelo urbanizable, siendo como es necesaria una ordenación urbanística detallada que es la propia del desarrollo del plan general mediante el correspondiente plan parcial “de uno o varios

sectores" (art. 66.1), el ámbito territorial del aprovechamiento medio será normalmente el propio del sector ordenado, o en su caso el de varios sectores. Con lo cual, y a efectos no solo de ordenación –planeamiento- sino de ejecución y gestión urbanística, se reduce el ámbito del aprovechamiento medio, que en la LS/1976, respecto del suelo urbanizable "programado" por el plan general o "programa de actuación urbanística" ulterior, comprendía todo el ámbito de esta clase de suelo, y no solo el de cada sector. Podría argüirse que la regulación legal autonómica será así más operativa, pero a costa de reducir el ámbito de la equidistribución de los beneficios y cargas de la ordenación.

c) *Canarias*

En su regulación vigente, contenida en el TR aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, dedica al "aprovechamiento urbanístico medio" un precepto, contenido en su artículo 60, donde se establece la forma de determinarlo, refundiendo el regulado, con esta denominación, en la LS/1976 con la LS/1992.

El aprovechamiento medio ha de fijarse por el planeamiento "en función de los usos, intensidades, tipologías edificatorias y circunstancias urbanísticas de los terrenos que no estén destinados a viales, zonas verdes y demás dotaciones" públicas (art. 60.1). Ahora bien, el "coeficiente de homogeneización" que ha de fijar el plan general, de manera razonada, ha de expresar el valor que atribuye a cada uso y tipología edificatoria en relación con los demás (así como los planes parciales, dentro del ámbito ordenado); y *podrá* completarse por el plan general con otro "coeficiente para cada sector o ámbito en función de su situación dentro de la estructura territorial". Coeficiente éste último, de cada ámbito o área geográfica, que permitirá ponderar y ajustar el resultado de una valoración relativa que sea más adecuada, si fuera preciso.

El aprovechamiento urbanístico "medio" de cada sector o ámbito territorial se obtiene como resultado de dividir su aprovechamiento urbanístico por su superficie total (incluida la de los llamados sistemas generales comprendidos o adscritos al mismo) y expresándose el resultado obtenido en "unidades de aprovechamiento por metro cuadrado" (art. 60.4). Ahora bien, para obtener el aprovechamiento urbanístico de cada sector o ámbito (dividendo de esta operación divisoria), ha de tenerse en cuenta que este aprovechamiento sectorial, a su vez, resulta de la suma de aprovechamientos urbanísticos de todas las "áreas diferenciadas" que comprenda, y que el aprovechamiento urbanístico de cada una de éstas resulta de multiplicar la *superficie* de las parcelas *lucrativas* de la misma por la *edificabilidad* correspondiente (expresada en m² edificables por m² de suelo) y por el coeficiente de homogeneización (art. 60.3).

De esta forma, combinando una serie de factores heterogéneos, urbanísticos y geográficos, se trata de homogeneizar la fijación del

aprovechamiento urbanístico “medio”, en función no solo de ponderar los usos, intensidades y tipologías edificatorias, que son los elementos que característicamente definen el aprovechamiento urbanístico como tal, sino también circunstancias geográficas, esto es, la situación de cada sector o ámbito dentro de la estructura territorial.

d) *Cantabria*

La Ley 2/2001, de 25 de junio (arts. 123, 124 y 126), parte de la distinción entre el aprovechamiento urbanístico permitido por el planeamiento –en función del uso y la intensidad fijados por el mismo– (que es el aprovechamiento que suele denominarse “objetivo” y “real”) y el aprovechamiento urbanístico “privatizable” por el propietario (también suele denominarse “subjetivo”), como presupuestos conceptuales de la definición del “aprovechamiento medio” y la forma de determinarse éste, con referencia a un determinado ámbito territorial –sector o sectores–, por el plan general, así como de modo más concreto por los planes parciales respecto al ámbito de las unidades de actuación. “El aprovechamiento medio de un concreto ámbito territorial –dice el artículo 125.1– es el resultado de dividir su aprovechamiento urbanístico total por la superficie de dicho ámbito”.

Para calcular, en el planeamiento, el aprovechamiento medio del ámbito de actuación de que se trate (art. 125.2), se establece (apartado 3) que en el aprovechamiento urbanístico total –numerador de la división– ha de incluirse el aprovechamiento dotacional privado y excluirse las dotaciones públicas; pero en la superficie total del ámbito correspondiente –denominador de la operación divisoria– han de incluirse los terrenos destinados a dotaciones públicas locales y generales previstas en el plan (incluidos los “adscritos” por éste al ámbito para su obtención), lógica –y justamente–, hay que suponer, con el límite del servicio al ámbito (sector ...) de que se trate, puesto que si dichas dotaciones excedieran de éste la carga echada sobre los propietarios sería desproporcionada y disminuiría dicho aprovechamiento.

e) *Castilla y León*

La Ley 5/1999, de 8 de abril (modificada por la Ley 4/2008, de 15 de septiembre) asigna a los propietarios de terrenos en suelo urbano y en suelo urbanizable el derecho al correspondiente aprovechamiento urbanístico (en su totalidad el fijado por el planeamiento urbanístico en suelo urbano consolidado, que en el no consolidado –de municipios de más de 20.000 habitantes– y en el suelo urbanizable se reduce al 90 por ciento del aprovechamiento “medio” del sector); pero no determina cómo ha de fijarse este aprovechamiento medio. Por esto, el Decreto 22/2004, de 29 de enero, aprobatorio del Reglamento de Urbanismo autonómico, regula la determinación de este aprovechamiento

medio, que ha de fijarse al establecer la ordenación detallada de los sectores de suelo urbano no consolidado y de suelo urbanizable delimitado.

La regulación contenida en el artículo 107 del citado Reglamento es similar a la que establece la precedente Ley cántabra 2/2001. El aprovechamiento “medio” ha de fijarse por el planeamiento “dividiendo el aprovechamiento lucrativo total del sector entre la superficie total del [propio] sector”, estableciendo a este efecto determinadas reglas referentes tanto al numerador como al denominador de esta operación aritmética. Respecto al “aprovechamiento lucrativo total del sector”, se incluye en éste todo uso no dotacional así como las dotaciones urbanísticas privadas y se excluyen las dotaciones públicas²¹⁵; y para ponderar cada tipo de uso permitido por el plan detallado ha de fijarse en éste un “coeficiente de ponderación”, conforme a las reglas que establece el propio Reglamento en su artículo 102²¹⁶, coeficiente que ha de multiplicarse por la superficie edificable de cada uso, para obtener el aprovechamiento lucrativo total del sector sumando los resultados (art. 107, a y b). Del denominador de la operación divisoria, constituido por la “superficie total del sector”, ha de restarse la superficie ocupada por las dotaciones públicas –generales y locales- existentes, salvo las adquiridas por expropiación u otras formas onerosas (art. 107, apartado c).

f) Cataluña

En esta Comunidad Autónoma, el aprovechamiento urbanístico viene regulado por el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto (art. 37), completado por el

²¹⁵ En su disposición adicional única, el citado Reglamento de Urbanismo castellano y leonés define, en su apartado f, las “dotaciones urbanísticas” (como “conjunto de sistemas y elementos que se caracterizan por estar destinados al servicios de la población, que comprenden vías públicas, servicios urbanos, espacios libres públicos y equipamientos”), que asimismo definen específicamente cada uno de ellos a continuación. En las dotaciones urbanísticas públicas son incluibles las vías públicas, los servicios urbanos y los equipamientos de titularidad pública, los espacios libres públicos y las zonas verdes: las dotaciones urbanísticas privadas incluyen los servicios urbanos y equipamientos de titularidad privada.

²¹⁶ Que dice así: “*Ponderación entre usos*. Al establecer la ordenación detallada de los sectores de suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable delimitado se asignan justificadamente los coeficientes de ponderación para cada uso, conforme a las siguientes reglas: a) Los coeficientes de ponderación deben guardar relación con la rentabilidad respectiva de cada uso, y pueden oscilar entre un mínimo de 0,50 y un máximo de 2,00, correspondiendo al uso predominante la unidad. En defecto de asignación expresa para todos o algunos de los usos, se entiende que se les asigna como coeficiente la unidad. b) En particular, en los sectores de suelo urbanizable con uso predominante residencial debe asignarse un coeficiente para cada régimen de protección pública previsto, que refleje la proporción entre el precio máximo de venta de cada régimen de protección pública y el precio de venta estimado para las viviendas libres que puedan construirse en el sector”.

Reglamento aprobado por el Decreto 305/2006, de 18 de junio (aplicable en lo que no se oponga al actual TR citado, según la Disp. Ad. 18ª de éste). La Ley regula el aprovechamiento urbanístico, que define como el que resulta de “ponderar la edificabilidad, los usos y la intensidad de los usos que asigne al suelo el planeamiento urbanístico” –excluyendo de esta ponderación la edificabilidad y los usos de los equipamientos públicos-; y establece que si la ponderación por “sectores de planeamiento” incluyera varias zonas se tiene que establecer el valor relativo homogeneizado de cada una de ellas²¹⁷. La Ley catalana no explicita el alcance de estas determinaciones, que quedan a la discrecionalidad del plan, sin perjuicio de los standards máximos y mínimos que en algunos supuestos establece (máximo de 100 viviendas por Ha para uso residencial, mínimos de zonas verdes y equipamientos públicos, etc.).

Es el citado Reglamento el que regula la forma de fijar el aprovechamiento, en el supuesto de sectores que comprendan varias zonas de usos lucrativos. Respecto a ellos, se han de establecer “coeficientes de homogeneización” que reflejen las diferencias de valor de uso y edificabilidad de cada zona en relación con el valor de las demás zonas, para ponderar los aprovechamientos con un criterio homogéneo. El aprovechamiento total del sector es la suma del de todas las zonas incluidas en el mismo; y el aprovechamiento “medio” del sector quedará fijado por el resultado de dividir el aprovechamiento total por la superficie de todo el ámbito de actuación.

g) *La Rioja*

La Ley 5/2006, de 2 de mayo, en la regulación que establece del aprovechamiento urbanístico, parte de la conocida distinción entre el aprovechamiento “objetivo”, permitido por el planeamiento en un ámbito determinado y fijado respecto al uso característico o predominante, y homogeneizado mediante un coeficiente que exprese el valor relativo de dicho uso y las restantes (art. 125.1 y 126), y el aprovechamiento “subjetivo” a que, respecto a un terreno edificable, los propietarios tienen derecho, previo cumplimiento de los deberes y cargas legalmente establecidos (art. 125.2).

Respecto al aprovechamiento “objetivo”, el ámbito territorial del “aprovechamiento medio” en suelo urbanizable es un “sector” y en el suelo urbano no consolidado es el de un “área” o superficie remitida por el plan general a un plan especial, y en todo caso, el de la superficie de la “unidad de ejecución”. El cálculo para obtener el aprovechamiento “medio” ha de hacerse

²¹⁷ En este supuesto, los valores homogeneizados de cada zona han de expresar “la intensidad de los usos, la rigidez a la demanda de cada uno de los usos, su localización y la repercusión admisible del valor de la urbanización o, si procede, la reurbanización”. Sobre el método de cálculo del aprovechamiento urbanístico, *vid. Derecho Urbanístico de Cataluña* (dir. E. SÁNCHEZ GOYANES, Edit. La Ley-El Consultor, 2009, pág. 567 y ss).

mediante la división del aprovechamiento objetivo asignado por el plan al ámbito correspondiente (sector, ...) entre la superficie total del propio ámbito. Ahora bien, en “suelo urbanizable delimitado” el numerador de la operación divisoria se amplía a los aprovechamientos objetivos de todos los sectores que comprenda, cuya suma ha de dividirse entre la superficie total, para obtener el aprovechamiento medio de todo el suelo urbanizable delimitado (que además constituye el límite, del aprovechamiento medio de cada nuevo sector de suelo urbanizable que se delimite en el futuro)²¹⁸.

El aprovechamiento “subjetivo” de los propietarios será el resultado de aplicar a la superficie de su terreno al 90 por 100 del aprovechamiento “medio” del ámbito correspondiente, dado el deber legal de cesión del 10 por 100 restante a la Administración municipal; deber éste que, al no existir en suelo urbano consolidado, determina que en esta clase de suelo el aprovechamiento subjetivo coincida con el aprovechamiento objetivo fijado por el planeamiento²¹⁹.

B) *Leyes urbanísticas inspiradas en la técnica del aprovechamiento tipo de la LS/1990-1992*

En este grupo, pese a que los términos que utilizan sus respectivas leyes urbanísticas no se corresponden precisamente con la fórmula del aprovechamiento urbanístico “tipo” regulado por la legislación estatal precedente de 1990-1992, cabe incluir como inspirados en esta regulación estatal

²¹⁸ Art. 127 de la Ley 5/2006, que en su apartado 5 establece que: “Para el cálculo del aprovechamiento medio definido en los párrafos anteriores se computarán los terrenos destinados a sistemas generales incluidos o adscritos. Por el contrario, no se incluirán en la superficie a computar a que se refieren los párrafos anteriores los terrenos afectos a dotaciones de carácter general o local ya existentes que hubieran sido obtenidos por cesión gratuita”.

²¹⁹ *Vid.* art. 128 de la Ley riojana 5/2006, que además modula el aprovechamiento subjetivo de los propietarios en municipios de 1.000 a 10.000 habitantes, en los cuales el porcentaje de aprovechamiento medio legalmente asignado oscila entre el 90 y el 95 por cien; fijándose directamente este último porcentaje en los municipios de hasta 1.000 habitantes en suelo urbanizable delimitado; elevándose al 100 por cien en suelo urbano no consolidado (lo mismo que en el consolidado, en este grupo de municipios pequeños, en los cuales se equipara así el aprovechamiento subjetivo de los propietarios con el aprovechamiento objetivo fijado por el plan).

Respecto a las *diferencias de aprovechamiento urbanístico* (objetivo), entre el “medio” del sector y el objetivo de una unidad de ejecución que exceda de aquél, o del medio del suelo urbanizable delimitado, la Ley (art. 129) establece que “el excedente corresponderá a la Administración, que lo destinará a compensar a los propietarios de unidades de ejecución deficitarias”; y en el supuesto inverso, a compensar económicamente de aquélla a los propietarios en caso de que su aprovechamiento subjetivo sea superior al aprovechamiento objetivo de la unidad de ejecución (mediante reducción de la carga de urbanizar o compensación en metálico).

las normativas autonómicas de Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, Navarra y Comunidad Valenciana.

a) *Andalucía*

La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, distingue asimismo, en su artículo 59, entre aprovechamiento urbanístico “objetivo”, permitido por el planeamiento en la superficie edificable, “conforme al uso, tipología y edificabilidad” atribuidos al terreno; y aprovechamiento “subjetivo” que corresponde al propietario de un terreno como “contenido urbanístico lucrativo” del mismo, aunque legalmente condicionada al cumplimiento de los deberes urbanísticos. Asimismo, define el “aprovechamiento medio” como el asignado por el planeamiento a la “superficie construible de uso y tipología característico” en un “área de reparto” (a delimitar en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable sectorizado: art. 58), a fin de garantizar a todos los propietarios un mismo aprovechamiento subjetivo.

Pese a utilizar la Ley andaluza la expresión “aprovechamiento medio” contiene una regulación más propia del aprovechamiento tipo regulado por la Ley estatal de Suelo de 1990-1992²²⁰, por lo que la regulación que establece responde más bien a la concepción de esta última figura. La determinación del aprovechamiento medio por el planeamiento ha de hacerse “mediante coeficientes unitarios del uso característico y, en su caso, de la tipología”, para cada “área de reparto” que se delimite, tanto en suelo urbanizable sectorizado y ordenado, como en suelo urbano no consolidado, en la forma que determina el artículo 60 y, respecto a dichos “coeficientes de uso y tipología”, el artículo 61. En caso de que el planeamiento prevea dentro de un área de reparto, usos o tipologías diferenciados, ha de fijarse de modo justificado un coeficiente que exprese el valor que atribuye a cada uso y tipología edificatoria en relación con los demás²²¹.

²²⁰ BAÑO LEÓN, J. M^a: *Derecho Urbanístico Común*, Edit. Iustel, 2009, pág. 253.

²²¹ Art. 61.1 y 2. “A falta de coeficientes diferenciados, se utilizarán los valores relativos de repercusión de los terrenos para lograr la finalidad equidistributiva que la fijación de coeficientes debe perseguir, de acuerdo a los criterios fijados por la normativa técnica de valores catastral (apartado 3). El Plan General de Ordenación Urbanística o, en su caso, el Plan de Ordenación Intermunicipal o el Plan de Sectorización deberán, asimismo, establecer “coeficientes correctores específicos” al objeto de compensar a aquellos propietarios de suelos destinados a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública u otros usos de interés social (apartado 4). El instrumento de planeamiento que establezca la ordenación detallada precisa para la ejecución en el área urbana o sector correspondiente podrá concretar y, en su caso, fijar, respetando los criterios del Plan General de Ordenación Urbanística o del Plan de Ordenación Intermunicipal, la ponderación relativa de los usos pormenorizados y tipologías edificatorias resultantes de la ordenación que establezca, así como las que reflejen las diferencias de situación y características urbanísticas dentro del espacio ordenado. No podrán en ningún caso disminuir el aprovechamiento objetivo otorgado por el

b) Castilla-La Mancha

La legislación urbanística castellano-manchega, contenida en el Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, sigue asimismo la concepción de la precedente legislación estatal del suelo 1990-1992. A partir de la distinción entre aprovechamiento urbanístico objetivo y subjetivo, regula de delimitación de “áreas de reparto” en suelo urbanizable y en suelo urbano no consolidado (art. 70), así como la determinación del “aprovechamiento tipo” de cada una de ellas (art. 71 y sigte), mediante la fijación de “coeficientes unitarios de edificabilidad”. El aprovechamiento tipo es el que resulta de dividir “el aprovechamiento urbanístico ponderado total del área de reparto entre la superficie de ésta, excluida la del terreno dotacional público *existente* ya afectado a su destino”, por lo que el suelo para nuevas dotaciones públicas, así como para dotaciones privadas viene *a contrario sensu* incluido en la superficie del área de reparto.

En el caso de que, dentro de un área de reparto, el planeamiento prevea usos o tipologías edificatorias susceptibles de rendimientos económicos diferentes, el Texto Refundido autonómico (art. 72) permite la fijación de “coeficientes correctores de uso y tipología”, a fin de ponderar y compensar las diferencias de rentabilidad económica resultante²²².

c) Extremadura

La regulación contenida en los artículos 33 a 35 de la Ley extremeña 15/2001, de 14 de diciembre, es sustancialmente similar a la establecida en la legislación urbanística castellano-manchega, a que se ha hecho referencia en el apartado precedente, pese a utilizar la expresión “aprovechamiento medio”, en lugar de aprovechamiento tipo, como la legislación andaluza.

planeamiento general (apartado 5). El establecimiento de los coeficientes a que se refieren los apartados anteriores deberá motivarse en su procedencia y proporcionalidad” (apartado 6).

Sobre las áreas de reparto y el aprovechamiento medio en la Ley andaluza 7/2002, *vid.* SANTOS DÍEZ, R., en *Derecho Urbanístico de Andalucía* (dir. E. SÁNCHEZ GOYANES), Edit. La Ley-El Consultor, 2006, págs. 501 y ss.

²²² “A falta de coeficientes diferenciados se utilizarán los valores relativos de repercusión de suelo de los terrenos para lograr la finalidad equidistributiva que la fijación de coeficientes debe perseguir” (art. 72.2). En la fase de *ejecución* y gestión del planeamiento detallado, la finalidad equidistributiva del aprovechamiento urbanístico y de las cargas de urbanización se instrumenta mediante reparcelación, en cuyo proyecto se podrán aplicar “coeficientes de ponderación concretos y actualizados” (regulados en el art. 72.3).

Sobre las áreas de reparto y el aprovechamiento tipo en el Texto Refundido aprobado por el Dec. Legislativo 1/2004 de Castilla-La Mancha, *vid.* SANTOS DÍEZ, R., en *Derecho Urbanístico de Castilla-La Mancha* (dir. E. SÁNCHEZ GOYANES), Edit. La Ley-El Consultor, 2011, pág. 390 y ss.

d) Galicia

La Ley 9/2002, de 30 de diciembre, establece que el planeamiento urbanístico general ha de delimitar “áreas de reparto” en suelo urbanizable delimitado y en suelo urbano no consolidado (que incluso podrán ser discontinuas), así como el régimen del “aprovechamiento tipo” de cada área de reparto, que se delimiten en una y otra clase de suelo (arts. 111 a 114).

En suelo urbanizable el aprovechamiento tipo de cada área de reparto ha de determinarse dividiendo el aprovechamiento lucrativo total, expresado en metros cuadrados edificables del uso característico, por la superficie total del área, incluyendo los sistemas generales pertenecientes a la misma, con exclusión de los terrenos afectos a dotaciones públicas de carácter general o local *existentes* en el momento de aprobación del plan general que se mantengan (art. 114).

El cálculo en suelo clasificado como urbano no consolidado, el aprovechamiento tipo de cada área de reparto ha de hacerse dividiendo el aprovechamiento lucrativo total –incluido el dotacional privado correspondiente a la misma–, expresado siempre en metros cuadrados edificables del uso y tipología edificatoria característicos, por su superficie total –excluidos los terrenos afectos a dotaciones públicas, de carácter general o local, ya existentes en el momento de aprobación del plan general que se mantengan. El resultado ha de reflejar, unitariamente, la superficie edificable del uso y tipología característicos por cada metro cuadrado de suelo del área de reparto respectiva, conforme establece la Ley gallega en su artículo 113²²³.

Ahora bien, para que el aprovechamiento tipo pueda expresarse por referencia al uso y tipología edificatoria característicos, el planeamiento ha de fijar justificadamente los coeficientes de ponderación relativa entre dicho uso y tipología, al que siempre se le asignará el valor de la unidad, y los restantes, a los que correspondan valores superiores o inferiores, en función de las circunstancias concretas del municipio y área de reparto (art. 113.3 Ley cit.).

e) Navarra

La Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, regula la forma de determinar el “aprovechamiento tipo” en “áreas de reparto” (arts. 101 y 102), siguiendo asimismo básicamente la concepción de la Ley estatal del Suelo de 1990-92. El ámbito de estas áreas, a delimitar por el planeamiento a efectos de

²²³ El mismo artículo, en su apartado 2, establece que “en los supuestos en que el plan general no establezca la edificabilidad por medio de un coeficiente, el aprovechamiento tipo habrá de deducirse de la edificabilidad resultante por aplicación de las condiciones generales de la edificación establecidas por el propio planeamiento”.

equidistribución, es el del suelo urbano no consolidado y del suelo urbanizable sectorizado. El aprovechamiento tipo de cada área de reparto se fija mediante la división del aprovechamiento lucrativo total –incluido el dotacional privado-, debidamente homogeneizado, por la superficie total de la respectiva área –excluidos los sistemas generales y dotaciones públicas locales ya existentes-; con la posibilidad de ponderar la situación de los suelos según su accesibilidad, topografía, etc., mediante coeficientes de ponderación que valoren estas circunstancias dentro del área de reparto. Básicamente, pues, el sistema concebido por la referida legislación estatal del suelo de 1990-92.

Ahora bien, la Ley Foral Navarra también prevé la posibilidad de que, en suelo urbano no consolidado, el planeamiento no delimite áreas de reparto, en cuyo supuesto el principio de equidistribución se aplicaría no a nivel de la propia ordenación urbanística municipal, sino a efectos de gestión urbanística de la *ejecución* del propio plan mediante la fijación en las distintas “unidades de ejecución” del correspondiente “aprovechamiento medio”.

En todo caso, el aprovechamiento urbanístico –sea “tipo” o “medio”- no podrá ser inferior en un 15 por 100 del más alto de las áreas de reparto –el primero- o de las unidades de ejecución, el segundo.

f) *Comunidad Valenciana*

La Ley 16/2005, de 30 de diciembre, establece en su artículo 55 los criterios para delimitar “áreas de reparto” respecto del suelo urbanizable –con “programa para el desarrollo de actuaciones integradas”- y del suelo urbano no consolidado, normalmente para un sector o sectores –completos-, a efecto de equidistribuirse por el planeamiento general el aprovechamiento urbanístico, fijando un mismo “aprovechamiento tipo” para toda el área. El Reglamento de la Ley valenciana (Decreto 67/2006, de 12 de mayo, en referencia al artículo 56 de la Ley), fija como “criterio normal” de determinación del “aprovechamiento tipo” el de dividir el aprovechamiento objetivo total del área de reparto entre la superficie de ésta, excluyendo los suelos dotacionales *existentes*, sin perjuicio de utilizar los “coeficientes correctores” que el propio Reglamento regula para ponderar la edificabilidad. El sistema vigente viene, así, a seguir también básicamente la regulación estatal precedente, con determinadas particularidades y diferencias.

Entre éstas se destaca, ante todo, pese a la confusa redacción legal, la asimilación que hace entre aprovechamiento urbanístico y edificabilidad, al establecerse respecto del suelo urbanizable que “la atribución de aprovechamientos tipo ha de observar proporcionalidad con la edificabilidad prevista en cada sector, si bien podrá igualarse a la baja entre diversos sectores con el fin de imputar mayores cesiones a la mayor edificabilidad o rendimiento urbanístico” (art. 56.5 de la Ley). Otra diferencia es la de aplicar la figura del aprovechamiento tipo incluso en suelo urbano consolidado (art. 56.6, en

conexión con el 55,c, de la propia Ley), mediante la *posibilidad* de delimitar áreas de reparto uniparcelarias, es decir, de un solar o parcela, tratando con esto de fijar el criterio y sistema equidistributivo incluso en esta clase y categoría de suelo²²⁴.

C) *Leyes urbanísticas autonómicas que, a efecto de equidistribuir el aprovechamiento urbanístico, utilizan otras fórmulas para promediar éste*

En otras Comunidades Autónomas (Madrid, Murcia, País Vasco), la regulación legal para delimitar en determinados ámbitos de suelo urbano no consolidado y de suelo urbanizable delimitado, así como la fijación del correspondiente aprovechamiento urbanístico promedio, no sigue, al menos de forma predominante, alguno de los modelos de la legislación estatal precedente, en la materia. Así ocurre en las referidas Comunidades Autónomas, madrileña y murciana, así como en la del País Vasco, que prefiere utilizar el concepto de “edificabilidad urbanística” en vez del de aprovechamiento, como vamos a ver.

a) *Madrid*

La normativa urbanística autonómica precedente –contenida en la Ley 9/1995, modificada por la Ley 20/1997, por lo tanto tras la s. del TC 61/1997, para adaptarla a ésta- se limitaba a regular, en la primera, la posibilidad de delimitar el planeamiento general áreas de reparto en suelo urbano, así como índices de edificabilidad relativos al aprovechamiento urbanístico lucrativo; que la Ley 20/1997 amplió al asumir como Derecho autonómico propio, entre otros aspectos, el referente a las áreas de reparto en suelo urbanizable sectorizado y al aprovechamiento tipo.

La vigente Ley 9/2001, de 17 de junio, es heredera de la delimitación que ha de hacer el plan general, de “áreas de reparto”, referidas al suelo urbanizable sectorizado (art. 42.5, a), así como de “áreas homogéneas” que, respecto al suelo urbano no consolidado, requieran la distribución equitativa de beneficios –y por ende, del aprovechamiento urbanístico- y cargas (art. 42.6, en conexión con el 14.2,b). A cada “área de reparto” de suelo urbanizable sectorizado le corresponderá un determinado valor de “aprovechamiento *unitario*”, que ha de fijar el plan general, y que ha de servir de “referencia” para la equidistribución en la ulterior fase de gestión urbanística, respecto a las “unidades de ejecución” comprendidas en el área de reparto respectiva, conforme establece la Ley

²²⁴ Vid. el estudio de SANTOS DÍEZ, R., sobre las áreas de reparto y la fijación del aprovechamiento tipo en la vigente Ley urbanística valenciana, en *Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana* (dir. E. SÁNCHEZ GOYANES), Edit. La Ley-El Consultor, 2006, págs. 817 y ss.

9/2001, en su artículo 84; precepto éste que asimismo define el valor del “aprovechamiento unitario de reparto” como el cociente que resulte de dividir la suma de los aprovechamientos urbanísticos totales de los usos globales de todos los sectores del área de reparto, entre la superficie total de ésta.

En su artículo 85, la Ley regula la forma de gestionar en cada área de reparto el modo de efectuar la distribución del aprovechamiento unitario según que sea mayor, igual o menor, respecto del conjunto del suelo urbanizable sectorizado, a fin de reequilibrar la actuación urbanística en el primer y tercer caso²²⁵.

b) Murcia

La legislación urbanística autonómica, contenida en el Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, obliga a la Administración a determinar en el plan general, en suelo urbano –lógicamente, sin consolidar (art. 63.2), excepcionalmente en el consolidado (art. 68.2)- y en suelo urbanizable sectorizado, un aprovechamiento promedio que denomina “de referencia”:

- En suelo urbano, de “todas las unidades de actuación (UA), a fin de corregir las diferencias entre las distintas zonas –o “áreas urbanas homogéneas”-, en la forma que establece (art. 99,g), mediante la fijación de un coeficiente de edificabilidad, expresado en m²/m², en cada una de las UA, dividiendo la edificabilidad, según el plan, de toda ésta por la superficie asimismo total; así como un coeficiente medio o promedio para *todas* las UA del “área urbana homogénea” (art. 170.3,b), respecto de cuyo coeficiente promedio –de todas ellas- en cada UA no puede desviarse, en más o menos, del 15 por cien²²⁶.

- A diferencia de lo que sucede en suelo urbano, en *suelo urbanizable* la edificabilidad se relaciona con el tipo de *uso* para determinar el aprovechamiento urbanístico. La fijación promediada de éste, para que sirva “de referencia”, ha de hacerse en el plan general, para el suelo “sectorizado”, fijando para cada tipo de *uso* –según el “preferente”- la correspondiente *edificabilidad*, expresada en m²/m², la cual será mayor o menor según la intensidad del *uso* –densidad: alta, media, baja o mínima-, dentro de los límites que la Ley establece (art. 101.1,b). Límites que también se aplican en el suelo “sin sectorizar”, en el que el plan general ha de limitarse a determinar un

²²⁵ En suelo urbanizable no sectorizado, la Ley madrileña remite la fijación del “aprovechamiento unitario” al Plan de Sectorización y establece que será el del área de reparto (art. 84.4), estableciendo asimismo las reglas para realizar su equidistribución en el sector correspondiente (art. 85.2).

²²⁶ Con un ejemplo práctico, *vid.* la *La Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia*, de LÓPEZ PELLICER, J.A., en colaboración con PÉREZ ALCARAZ, S., y LÓPEZ CÁNOVAS, Á., Edit. DM, Murcia, 2009, pág. 219 a 221.

“aprovechamiento *global* de referencia, en función de los usos admisibles” (art. 101.2,c).

Ha de ser el plan parcial de cada sector el que ha de determinar, después, el aprovechamiento urbanístico del sector correspondiente aplicando el aprovechamiento de referencia a la superficie del mismo sector, aunque la Ley autonómica permite modular el aprovechamiento sectorial dentro de los límites que establece²²⁷.

c) *País Vasco*

La Ley 2/2006, de 30 de junio, utiliza para referirse al aprovechamiento urbanístico el concepto de “edificabilidad urbanística”, si bien en términos que la hacen equiparable a aquél, al entenderla como “la *edificabilidad* física correspondiente a los *usos* y actividades de carácter lucrativo”, con exclusión de la edificabilidad de las dotaciones públicas (no solo de las existentes, también de las previstas)²²⁸.

Ahora bien, para *ponderar* la edificabilidad de un determinado ámbito territorial ha de realizarse “la suma de los productos resultantes de multiplicar la edificabilidad urbanística de cada uso o grupo de usos de valor equivalente por los coeficientes de ponderación u homogeneización que expresen la relación del valor de repercusión del suelo urbanizado para cada uso o grupo de usos respecto al valor de repercusión correspondiente a aquel uso que se defina como característico del ámbito”. La edificabilidad ponderada así por el uso, ha de expresarse “en metros cuadrados de techo del uso característico” (art. 35.4).

²²⁷ La Ley murciana (art. 106,d) permite modular el aprovechamiento del sector: por un lado, aumentando o disminuyendo hasta un 10 por cien, como máximo, el resultado; y por otro, especialmente, cuando se trata de uso residencial para VPP, para aumentar el aprovechamiento con una “prima de aprovechamiento” que puede fijar el plan general o, en su defecto, de hasta el 20 por 100. Con un límite máximo, en todo caso: el de que el aprovechamiento urbanístico del sector no podrá exceder del 1,20 m²/m². *Vid.*, la *ob. cit.* en la nota anterior, págs. 228, 229 y 238 y s.

²²⁸ Art. 35.3. Por “edificabilidad física” se entiende la “bruta” de toda “la superficie de techo construida o por construir, tanto sobre rasante como bajo rasante, establecida por la ordenación urbanística para un ámbito territorial determinado” (art. 35.1); edificabilidad física o bruta que “podrá expresarse bien en una cuantía total de metros cuadrados de techo o bien en metros cuadrados de techo por cada metro cuadrado de suelo, referida en ambos casos al ámbito territorial respecto al que resulte necesaria su determinación. Cuando se trate de solares, parcelas o edificaciones existentes, la ordenación urbanística podrá expresar la edificabilidad física o bruta mediante el señalamiento de perfiles, alturas u otros parámetros reguladores de la forma o volumen de la edificación o remitirse a la consolidación de la edificación existente” (art. 35.2).

Y la “*edificabilidad media*” del ámbito territorial de que se trate viene dada por el cociente que resulta de “dividir la totalidad de la edificabilidad ponderada del ámbito entre la superficie total de dicho ámbito”²²⁹.

El concepto de “edificabilidad media ponderada” (por el uso o usos), que viene a equivaler en definitiva al de aprovechamiento urbanístico, es el que, utiliza la Ley estatal de suelo de 2007, Texto Refundido de 2008, en su artículo 16.1,b, como ya se ha indicado.

IV. ASPECTO ECONÓMICO: EL VALOR DEL SUELO, EN FUNCIÓN DE SU APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

La posibilidad de utilización y disfrute que implica el aprovechamiento urbanístico del suelo, o de un terreno por su dueño, supone tanto como la facultad que éste tiene para obtener la utilidad de un bien económico y, en cuanto tal, susceptible de percibir una renta o de un precio o indemnización en caso de disponer del bien, enajenándolo total o parcialmente, o lo que es igual, aunque dicho de otro modo, el poder jurídico que constituye la propiedad privada inmobiliaria, en su proyección sobre un bien económico productivo que tiene en cuanto tal un valor, en renta o en venta, real y actual en el mercado. Valor económico, sin embargo, variable, según las circunstancias y condiciones no solo del mercado inmobiliario, también del régimen legal o estatutario aplicable a cada tipo de bien (urbano, rústico) y que, por lo que ahora se trata, dependerá de la ordenación urbanística y, en concreto, de las determinaciones del planeamiento, respecto a su edificabilidad y uso o destino fundamentalmente.

El tipo de uso y su mayor o menor “intensidad” o volumen edificable asignados a los terrenos por el plan urbanístico supone la atribución, con estas posibilidades funcionales de su aprovechamiento urbanístico, de un valor económico. Es indudable, así pues, que no solo la clasificación del suelo, sino también y en concreto funcionalmente, su calificación urbanística, son determinaciones condicionantes de la mayor o menor utilidad y consecuentemente valor económico del suelo. De aquí que el Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia 61/1997, de 20 de marzo (F.J. nº 14, b), haya vinculado estas determinaciones de la ordenación urbanística, como presupuesto lógico-jurídico, de la aplicación del régimen de valoraciones del

²²⁹ Art. 35.5. “A estos efectos –establece el mismo artículo-, se incluirán en dicha superficie las superficies de los terrenos destinados a dotaciones públicas de la red de los sistemas generales incluidos o adscritos al ámbito territorial correspondiente a efectos de su obtención, excluyéndose únicamente aquellas superficies correspondientes a los sistemas generales existentes y que queden consolidados por la ordenación urbanística. Respecto a los terrenos de uso o dominio público correspondientes a los sistemas dotacionales de carácter local incluidos en el ámbito territorial se estará a lo dispuesto en el artículo 146”.

suelo a efectos indemnizatorios (para atribuir a la competencia del Estado la regulación de esta materia, por considerar condiciones básicas del derecho de propiedad privada la de establecer y regular los criterios de valoración del suelo).

Es indudable que en un sistema de economía de mercado, como el que rige en nuestro actual ordenamiento (art. 38 de la Constitución), el precio de un determinado bien inmueble es el que se fija por la autónoma voluntad de las partes contratantes (art. 1.255 del Código Civil), que establecen así libremente y de común acuerdo el precio de compra y venta, o el alquiler, etc., que tengan por conveniente siempre que, como establece el precepto civil, “no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Y el mercado también es referente inexcusable incluso para la Administración pública cuando, para atender a una necesidad de interés público –“utilidad pública o interés social” (art. 33.3 CE)-, requiera obtener un bien de propiedad privada, realizando su concreta expropiación forzosa. De aquí que la Ley estatal de Suelo vigente (2007-2008), señale en su preámbulo, que “los criterios de valoración establecidos persiguen determinar con la necesaria objetividad y seguridad jurídica el valor de sustitución del inmueble en el mercado por otro similar en su misma situación”²³⁰; aunque la propia ley no sea consecuente específicamente a efectos expropiatorios, por no posibilitar el régimen de valoraciones que establece obtener auténticos valores de sustitución en el mercado, en cuyo seno el precio no depende exclusivamente de la situación en que un terreno objeto de transacción se halle²³¹.

Lo cierto es que el dilema valor de mercado-valor objetivo del suelo ha estado presente constantemente en nuestra legislación urbanística desde la Ley

²³⁰ Asimismo -dice el preámbulo de la LS 2007-TR 2008-, que “debe valorarse lo que hay, no lo que el Plan dice que pueda llegar a haber en un futuro incierto”. La doctrina ha criticado, sin embargo, que el precio no dependa solo, ni mucho menos, de la “situación” en que se encuentra el suelo (“rural” o “urbanizado”) y que regula la propia Ley estatal de Suelo (art. 12), sin tener en cuenta la clasificación urbanística: “Desvincular clasificación y valoración del suelo es algo materialmente imposible”, dice FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, habida cuenta de que es el plan urbanístico el que ha de precisar por donde se va a extender la ciudad y por donde van a prolongarse las infraestructuras generales que conforman su esqueleto, y “desde el momento en que lo diga, el mercado se moverá inevitablemente en esa dirección valorando más los terrenos situados en ella” (“La nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo: valoración general”, RGDA nº 15, 2007, pág. 9).

²³¹ MUÑOZ GUIJOSA, M.A.: *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la Ordenación Urbana*, Edit. Cívitas-Thomson, 2009, pág. 313 y ss. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., considera que el equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación se rompe cuando la indemnización expropiatoria no proporciona el equivalente económico, que posibilite la sustitución o reposición del bien expropiado (*Estudio integral de las expropiaciones urbanísticas*, Edit. Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 426), *Id.* en “La aplicación del sistema de valoraciones de la Ley del Suelo”, en el libro del mismo título (dir. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.), Edit. Atelier, 2011, pág. 53 y ss.

del Suelo de 1956. La opción por el criterio de establecer un valor objetivo, a fin de evitar la especulación en el tráfico inmobiliario regido por la ley de la oferta y demanda, ha inspirado desde entonces el régimen de valoración del suelo, generando una tensión constante con la aplicación jurisprudencial del valor real aplicado por los tribunales de lo contencioso-administrativo con fundamento en el criterio estimativo de la Ley expropiatoria (art. 43). No parece este el lugar idóneo para examinar los sistemas y los criterios de valoración del suelo establecidos por las sucesivas leyes de suelo (1975-76, 1990-92, 1998)²³², a que más adelante se hace breve referencia.

Sí interesa en cambio detenerse en esa desvinculación de la clasificación urbanística del suelo respecto a su valoración según el régimen actual, que apela al “valor de sustitución del inmueble en el mercado”, pero con el único respaldo de la “situación”, rural o urbana, de los terrenos, esto es, conforme al dato fáctico de su inserción o no en la malla urbana –como ha señalado la doctrina citada-, ya que sólo en caso de que los terrenos estén situados en ésta, o sea, “integrados de forma legal y efectiva en la malla urbana” red de viales de las dotaciones y servicios propios de los núcleos o asentamientos de población (art. 12.3 LS 2007 y TR de 2008, reformado por la Ley 8/2013), se tiene en cuenta el aprovechamiento urbanístico, esto es, el uso y edificabilidad del terreno (art. 24 TR); pero no en otro supuesto, ya que en este caso debe ser considerado como suelo rural (art. 12.2) y, en consecuencia, valorado como tal (art. 23 TR)²³³. Régimen valorativo que, a los efectos señalados por la propia Ley estatal (art. 21 TR) y entre ellos el expropiatorio, ha sido criticado con toda razón por la doctrina²³⁴, con base en varios motivos de fondo, entre los cuales han de resaltarse fundamentalmente los que siguen:

-La desvinculación de la clasificación urbanística del suelo de la valoración de éste, que no procede porque compete al planeamiento definir el modelo de ciudad, la ampliación y desarrollo de los sistemas generales, etc., con los movimientos correlativos en el mercado, el cual inevitablemente tendrá en cuenta estas determinaciones del plan urbanístico.

-Si el plan urbanístico habilita legalmente para expropiar, parece lógico que también haya de tenerse en cuenta para valorar lo expropiado, tomando en consideración el contenido en aprovechamiento urbanístico de la propiedad de

²³² Un excursus sobre la evolución seguida por nuestra legislación estatal del suelo, respecto al régimen de valoraciones, se hace en la obra *La aplicación del sistema de valoraciones de la Ley del Suelo* (dir. por TRAYTER JIMÉNEZ), en el estudio de FERNÁNDEZ TORRES, cit. en la nota anterior, pág. 56 y ss; así como en extenso, por LLORENS FERRER, M.: “La evolución histórica de las valoraciones de suelo en el Derecho Urbanístico Español contemporáneo”, *ob. cit.*, pág. 163 y ss.

²³³ Según esto, todo el suelo que no esté “urbanizado” habrá de valorarse como suelo “rural”, incluso el suelo clasificado como “urbano” en tanto que no esté “urbanizado”.

²³⁴ Así, FERNÁNDEZ TORRES, J.M., en “La aplicación del sistema ...”, pág. 60 y ss.

los terrenos afectados que el propio plan establece (*ubi commodum, ubi incommodum*).

-Más aún, a efectos fiscales, la Administración pública también recibe un trato más favorable por el régimen de valoración catastral, que el que tenía antes de la entrada en vigor del régimen de valoración urbanística establecido por la vigente Ley de Suelo –TR de 2008-. En efecto, el valor catastral de un terreno clasificado por el plan como urbano no consolidado o como urbanizable delimitado o “sectorizado”, tiene en cuenta esta clasificación urbanística, además de otras circunstancias, mientras que, por el contrario, estas determinaciones del plan no son tenidas en cuenta en la fijación del justo precio expropiatorio, por valorarse como suelo “rural”. Incoherencia que ha sido calificada como “flagrante”, por un insigne autor²³⁵: ley del embudo, se dice en el lenguaje corriente para referirse a una situación como esta, de forma ciertamente expresiva.

1. Ámbito de aplicación del régimen legal en materia de valoraciones de suelo: supuestos que exceptúan el valor “real” normal de éste en el mercado inmobiliario

La Ley estatal de Suelo, TR de 2008, establece así pues y pese a ello, un sistema de valoraciones objetivas, aplicable a los supuestos que determina en su artículo 21. Fuera de estos supuestos, no afecta sin embargo, o lo hace muy relativamente, al mercado privado inmobiliario, habida cuenta de que en éste, como se dice, “una cosa vale lo que la gente está dispuesta a pagar por ella” (no lo que dice la Administración); además de que, en caso de eventual expropiación y según lo dicho, la valoración del precio –aunque éste debe ser legalmente “justo”, “justiprecio”-, puede ser injusta, en la medida en que efectivamente no se pague el valor real de cambio.

Pero es que, además, en el supuesto de determinación de los “justiprecios” en caso de expropiación, también el sistema legal ha de aplicarse de modo general, “*cualquiera que sea la finalidad de ésta [de la expropiación] y la legislación que la motive*” (art. 21.1,b); por lo tanto, se aplique la legislación urbanística o cualquier otra (obras públicas, etc.), y que la propia Ley estatal de Suelo refuerza modificando, respecto a las expropiaciones de inmuebles, el artículo 43.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, a fin de evitar que los tribunales de lo contencioso-administrativo puedan acudir en caso de que el sistema legal de valoración objetiva no diere como resultado un precio justo -con base en el criterio estimativo de este precepto legal-, reformando también

²³⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad”, en *El Cronista de Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 0 (2008), Edit. Iustel, pág. 43.

al efecto el sistema que permitía dicho precepto legal de aplicar un criterio estimativo para fijar el valor “real” del inmueble (suelo).

El sistema legal de valoración de los terrenos se aplica también a otros supuestos, que asimismo relaciona el artículo 21.1 de la propia Ley estatal de Suelo, específicamente: a las operaciones de *equidistribución* o reparto justo del aprovechamiento urbanístico –así como de las cargas urbanísticas- entre los propietarios de un determinado ámbito de actuación, si bien en este supuesto la Ley da preferencia a los criterios acordados por *todos* los sujetos afectados (art. 21.1, a), aplicándose así, en la reparcelación, el régimen legal de valoraciones de forma subsidiaria, pero siempre que no haya acuerdo unánime entre los propietarios; también se ha de aplicar el sistema legal para determinar el precio a abonar al propietario, en el supuesto de expropiación en caso de *venta o sustitución forzosa* (art. 21.1,c), por incumplimiento del deber de edificar un terreno incluido en el registro municipal de solares, que la legislación urbanística autonómica regula (así, en la Región de Murcia, conforme a su Ley del Suelo TR de 2005, arts. 203 a 205); y en fin, también ha de aplicarse el régimen legal estatal de valoraciones del suelo en caso de responsabilidad patrimonial de la Administración pública (art. 21.1,d), derivada por ejemplo de la modificación del planeamiento urbanístico (en el supuesto del artículo 35,a, de la propia Ley estatal de Suelo). Supuestos éstos en cuya consideración no se entra, por exceder del que aquí se trata.

2. El aprovechamiento urbanístico en el sistema legal de valoraciones de suelo precedente

La situación y la posibilidad de aprovechamiento urbanístico de un terreno son fundamentalmente elementos que intervienen en la determinación de su valor económico, en cuanto factor productivo, aunque este valor estará lógicamente en función del tipo de uso –más o menos rentable- y de las posibilidades de construir en el terreno de que se trate. El valor del suelo estará, pues, en función de lo que el plan urbanístico permita construir en él, de su edificabilidad; de donde, y pese a su relatividad, haya de tenerse en cuenta como factor determinante del valor económico del terreno, no solo la legislación aplicable en la materia, sino también la legislación fiscal del catastro inmobiliario.

El aprovechamiento urbanístico –que supone, en suma, el uso y la intensidad del mismo o edificabilidad- asignados por el planeamiento conforme a la legalidad urbanística, con anterioridad al actual régimen de valoraciones de suelo, ha merecido, como vamos a ver, distinta consideración por el legislador estatal de 1975-1976 y por el de 1990-1992, así como por la legislación del suelo actualmente vigente.

-Para el primero, el “valor urbanístico”, aplicable al suelo urbano y al suelo urbanizable, venía determinado por el aprovechamiento urbanístico, en

función del cual se fijaba por ello aquel valor a los terrenos así clasificados. Se vinculaba, pues, el régimen de valoración a la clasificación del suelo; y se determinaba su valor teniendo en cuenta, asimismo, el que a dicho aprovechamiento venía atribuido a efectos fiscales (por lo que no podía ser inferior a éste). Así lo establecía la Ley del Suelo (art. 105 del Texto Refundido de 1976), que establecía que el aprovechamiento urbanístico a tener en cuenta para fijar dicho valor había de ser en el suelo urbanizable programado el aprovechamiento medio del sector y en el suelo urbano el permitido por el plan (o en su caso, el “medio” fijado a los polígonos o unidades de actuación sujetos a reparcelación) y, en defecto de plan, 3 m³/m², referidos a cualquier uso²³⁶.

-Para el legislador de 1990-1992, y como consecuencia del modelo de adquisición gradual de facultades urbanísticas en correlación con el sucesivo cumplimiento de los deberes urbanísticos correspondientes, la adquisición por el propietario de suelo 1) del “derecho al aprovechamiento urbanístico” (patrimonializable) asignado por el plan, se condicionaba legalmente al cumplimiento de los deberes y cargas de urbanización (arts. 26 a 32 del TR de 1992), y 2) el del *ius aedificandi*, por el otorgamiento de la licencia correspondiente (arts. 33 a 36). Se reconfiguró así el estatuto jurídico de la propiedad del suelo, juntamente con el régimen de valoraciones de éste: se mantenía la dualidad de valores de la LS de 1975-76, pero en función del grado de cumplimiento por los propietarios de sus deberes urbanísticos y la correlativa adquisición de los derechos de aprovechamiento urbanístico patrimonializable y del derecho a edificar.

La vigente Ley estatal de Suelo-TR de 2008, parece retomar este modelo de adquisición gradual por los propietarios de terrenos del aprovechamiento urbanístico y del *ius aedificandi*, en la dicción del artículo 7.2²³⁷, pese a lo que al respecto había considerado el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/1997,

²³⁶ Al valor urbanístico fijado se aplicaban una serie de coeficientes correctores para ajustarlo al alza o a la baja (hasta un 15 por 100) atendiendo al grado de urbanización y a las particularidades específicas de los terrenos (art. 105.3 TR-LS de 1976 y 147 de su Reglamento de Gestión Urbanística, STS de 11 de abril de 2000, Arz. 3361/2000); corrección ésta al margen de la que por conceptos análogos procediera conforme a la legislación tributaria (ss. TS de 9 de febrero de 2000, Arz. 2324, y 17 de junio de 2000, Arz. 6354). *Vid.* FERNÁNDEZ TORRES, J.R., en “La aplicación del sistema ...”, pág. 58.

La Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, recupera la tradicional vinculación del régimen de valoraciones de suelo a la clasificación de éste (remitida a la legislación urbanística autonómica por mor de la s. TC 61/1997). *Vid.* LÓPEZ PELLICER, J.A.: “Sobre el nuevo régimen de valoraciones de suelo”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 177(2000). Asimismo, los estudios de FERNÁNDEZ TORRES, J.R. y LLORENS FERRER, M., publicados en la obra colectiva cit. “La aplicación del sistema...” (págs. 58 y s, y págs. 209 y ss, respectivamente).

²³⁷ Véase *ut supra*, Capítulo Cuarto, epígrafe IV.2, y en especial su apartado B, a que remitimos al respecto.

de 20 de marzo (FJ 8 y 17), y la propia Ley de Suelo, en su artículo 24.1, como vamos a ver, en el sistema legal en vigor.

3. La asignación de aprovechamiento urbanístico únicamente a los terrenos integrados en la malla urbana (“suelo urbanizado”) en el vigente sistema legal de valoraciones de suelo

La Ley estatal de Suelo-TR de 2008, como antes se ha señalado y respecto a los supuestos incluidos en su ámbito de aplicación, sólo tiene en cuenta el aprovechamiento urbanístico en el régimen de valoración del “suelo urbanizado”, esto es respecto a los terrenos “integrados de forma legal y efectiva en la malla urbana”, conforme a dicha Ley y a la legislación urbanística (art. 12.3, redactado por la Ley 8/2013). Ahora bien, se distinguen dos supuestos, según que el suelo no esté edificado o lo esté legalmente. En el primer caso, sólo se valora el suelo (aunque exista una edificación ilegal o en ruina, porque en este caso el valor del edificio es nulo), conforme a lo que determina el artículo 24.1 de la Ley; mientras que en el caso de que el suelo se haya legalmente edificado o esté en curso de edificación, el valor de tasación será el mayor de los que resulte de comparar el valor a) de ambos elementos –suelo y construcción- o b) del obtenido, sólo el valor del suelo, conforme en este caso al método valorativo –residual- aplicado para el anterior supuesto (conforme determina el apartado 1, del mismo artículo legal)²³⁸.

En cualquier caso, lo que importa consignar aquí es que, respecto al aprovechamiento urbanístico se ha de tener en cuenta, como contenido de la propiedad privada del suelo, con referencia a los dos elementos sustanciales que lo componen, esto es, el uso y la edificabilidad asignados a una parcela de terreno por la ordenación urbanística, *incluso* en el caso de que esta ordenación no asigne a un terreno aprovechamiento urbanístico lucrativo (“si los terrenos no tienen asignada edificabilidad o uso *privado* por la ordenación urbanística”, dice la Ley); en cuyo caso ha de atribuírsele “la edificabilidad *media* y el uso *mayoritario* en el ámbito espacial homogéneo en que por usos y tipologías la ordenación urbanística los haya incluido”, supuesto en el que el aprovechamiento urbanístico correspondiente a un terreno de propiedad

²³⁸ Sobre la valoración del suelo en estos supuestos, *vid.* los estudios de FERNÁNDEZ TORRES, J.R. y de HUMERO MARTÍN, A.E., incluidos en la obra colectiva citada *La aplicación ...*, dirigida por TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., págs. 68 a 71 y 142 a 147, respectivamente. Se hace allí un detallado análisis del llamado método residual estático que para valorar el suelo determina la Ley de Suelo, TR de 2008, en los diversos supuestos que esta Ley diferencia, y que concretamente desarrolla la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo. Asimismo, HUMERO MARTÍN, en “Criterio general de valoraciones en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo”, en *Revista de Urbanismo y Edificación*, de Aranzadi, nº 16, págs. 128 a 130.

privada pero destinado a un uso o servicio público (dotación pública), se ha de adjudicar al propietario en otro ámbito o unidad de actuación excedentaria.

En estos supuestos, a la *edificabilidad* “de referencia” o “media” ha de aplicarse el “valor de repercusión del suelo según el *uso* correspondiente, determinado por el método residual estático” (art. 24.1,b), con deducción, en su caso, de los costes de urbanización pendientes. El valor del suelo será, así, según este método, un valor residual, que será el que resulte de que, a partir del valor en venta –en el mercado- del producto inmobiliario final, fijado atendiendo a la edificabilidad asignada por el plan al terreno (valor del inmueble en la hipótesis de edificio terminado), deducir todos los conceptos no imputables al suelo (costes de construcción, beneficio del promotor, etc.), en la forma desarrollada por la Orden ECO/805/2003. Método este aproximado al que de forma habitual se aplica para determinar el valor normal de mercado. De este modo se halla, pues, el “valor básico de repercusión del suelo” de la parcela, según su aprovechamiento urbanístico, es decir, atendiendo a su uso y edificabilidad.

Al margen de la diferencia de trato legal entre la Administración pública y los propietarios de suelo a que, en el terreno fiscal, dan lugar las correspondientes normativas reguladoras del catastro inmobiliario y la que examinamos –según lo apuntado antes-²³⁹, han de señalarse asimismo las que derivan de las “situaciones” fácticas o físicas de que parte como presupuesto la actual Ley de Suelo estatal: Al desvincular esta Ley la valoración del suelo de la clasificación urbanística, resulta que todos los terrenos no integrados en la malla urbana, habrán de valorarse en los supuestos comprendidos en su ámbito de aplicación, *como suelo rural* (art. 12.2), los terrenos clasificados como suelo urbanizable e, incluso, como suelo urbano no consolidado, con la consecuencia de tener que realizarse su valoración como “suelo rural” (art. 22), y por ende sin consideración alguna de su posible aprovechamiento urbanístico asignado por el planeamiento, dada la prohibición legal (art. cit., apartado 2) de considerarse “expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aún plenamente

²³⁹ A la verdadera “ley del embudo” que supone la diferencia de tanto a favor de la Administración pública (expropiante, responsable económicamente en caso de modificación del plan urbanístico, etc.), a diferencia de los propietarios de suelo cuyas determinaciones del plan no se les aplican para valorar terrenos en situación física de “suelo rural” aunque esté clasificado como “urbanizable” o incluso “urbano”, pero no consolidado por la urbanización, nos hemos referido antes. A ello ha de unirse también, en materia fiscal (IBI), la *falta de actualización de los valores catastrales*, que han seguido incrementándose por la Administración en estos años de crisis –desde 2008- pese a superar ampliamente el valor de mercado inmobiliario (incluso más allá del límite legal del 50%, que establece la Ley del Catastro, TR de 2004, como ha denunciado la Defensora del Pueblo en su Memoria de 2012), actualización que han de solicitar legalmente los ayuntamientos... beneficiarios de la situación. Pero este es otro tema.

realizadas” (ni, por ende, hayan pasado a la situación legal y física de “urbanizados”).

V. RECAPITULACIÓN

De la exposición que precede, contenida en el presente capítulo, han de resaltarse los profundos cambios operados respecto al contenido de la propiedad urbana en nuestro ordenamiento, desde el momento en que nuestro Código Civil es promulgado, entre la concepción –liberal- que en éste luce (arts. 348 y 350, sobre todo), y la que, por otra parte, paralelamente acoge la legislación urbanística reguladora, desde entonces, de la propiedad privada del suelo, para responder desde esta otra perspectiva -la del interés público propio del urbanismo-, a los problemas de saneamiento y reforma interior de poblaciones, así como a los de extensión o “ensanche” de éstas. El intervencionismo público y administrativo de la propiedad privada del suelo y específicamente del aprovechamiento urbanístico se agudiza, sobre todo con la legislación urbanística que, inspirada en la concepción social de la propiedad privada, se produce paulatinamente ya a partir de la Ley del Suelo de 1956 y sobre todo de sus reformas de 1975-76 y 1990-92, inspiradoras de la que hoy rige en cada Comunidad Autónoma en materia de urbanismo, sobre todo tras la sentencia constitucional 61/1997.

La consecuencia fundamental a que ello da lugar es que la “conveniencia” del propietario, especialmente respecto a la posibilidad o facultad de realizar obras en su terreno, va a verse no sólo limitada, sino más aún “conformada” e incluso configurada y definida en su aprovechamiento, o *ius aedificandi*, en el ámbito urbano, bajo una ordenación detallada y en gran medida condicionante de la conveniencia y voluntad del propietario o titular del derecho real de que se trate, habilitante como título al respecto.

El contenido en aprovechamiento urbanístico de la propiedad privada urbana viene así regulado hoy, en gran medida, desde otra perspectiva prevalente, la *iuspublicística*, en la que el binomio normativo ley-plan introduce una intensa limitación y determinación jurídico-pública de las clásicas facultades civiles de uso y disfrute, así como de la de disposición de los propietarios de terrenos. Y, en definitiva, es con ello que se produce un evidente y fuerte retroceso de la autonomía de la voluntad privada. La limitación de ésta se manifiesta muy especialmente en cuanto a dicho aprovechamiento (determinación y fijación por el plan administrativo conforme a la ley urbanística autonómica, obras de urbanización y de edificación legitimadas y autorizadas por la Administración, etc.); lo cual evidentemente condiciona en todo el proceso urbanístico el ejercicio de las facultades relativas al aprovechamiento de un terreno por su propietario, o titular del derecho real inmobiliario habilitado al efecto.

Ello no obstante, el valor económico y patrimonial que el aprovechamiento urbanístico tiene como contenido de la propiedad inmobiliaria urbana, o bien como derecho real independizado del suelo de procedencia en su caso, permite a su titular la realización de actos jurídicos de administración y disposición de naturaleza civil. Aunque limitados por la ordenación urbanística, suponen pues la realización por su titular, del ejercicio de un derecho civil -sea el de propiedad privada o del derecho real al aprovechamiento urbanístico-, susceptible en cualquier caso de actos de gestión patrimonial y de cesión o transmisión; incluso para poder materializarlo mediante obras a construir en otro terreno como se ha indicado (y a cuyos supuestos se dedica especial atención en el capítulo siguiente).

En todo caso y por exigencias impuestas por principios jurídicos de rango constitucional, que son los de justicia y de igualdad –proporcionalidad, la asignación del aprovechamiento urbanístico a los propietarios de terrenos situados en suelo urbano y en suelo urbanizable plantea, como cuestión ineludible, la de repartir o distribuir entre todos los propietarios de suelo en determinados ámbitos territoriales, la edificabilidad o volumen edificable –ponderada por el uso y por la llamada tipología edificatoria-; de modo que la desigualdad generada por el aprovechamiento asignado por el plan a cada terreno sea corregida, en virtud y por exigencia de esos principios constitucionales, mediante la atribución legal de igual *derecho* subjetivo a que a todo propietario se le asigne, en proporción a la superficie de su terreno, un aprovechamiento equivalente al que resulte de promediar los aprovechamientos urbanísticos de todos los terrenos del ámbito territorial ordenado (área de reparto) y concretamente de los que sean objeto de la actuación (unidad reparcelable). La legislación autonómica, pese a su diversidad en la forma de regular esta capital cuestión, tiene un fondo común proveniente de la legislación urbanística estatal de 1975-76 y 1990-92 –aunque con diverso ámbito territorial, como se ha señalado-; fondo común, pese a ello, reforzado por la propia virtualidad que, potencialmente, encierran los referidos principios constitucionales.

En cuanto a la utilidad que el aprovechamiento urbanístico supone, se plantean en fin las cuestiones que suscita la determinación de su valor económico. Si bien normalmente este valor será resultado de la ley de la oferta y la demanda de suelo en el mercado inmobiliario –como el valor de compra y venta de un terreno, o de un derecho autónomo de aprovechamiento enajenado a transferido, en su caso-, las cuestiones relativas a la evaluación de terrenos, para fijar su justiprecio en caso de expropiación forzosa, según el régimen de la vigente Ley estatal de Suelo (2007-08), se resalta en esta Ley sobre todo la desvinculación legal del régimen de valoración del suelo respecto de la clasificación urbanística del mismo. Sobre todo porque si esta Ley sólo tiene como base la “situación” *fáctica* del suelo -rural o urbanizado-, en el caso de que el plan urbanístico legitimara la expropiación, lo lógico sería que también se

tuviesen en cuenta las determinaciones del propio plan (clasificación del suelo) para valorar el terreno expropiado. Además de la falta de concordancia, por otra parte, del régimen de valoración catastral a efectos fiscales, favorable, aquí sí, a la Administración, al tenerse en cuenta, en cambio, a este efecto (contributivo), la clasificación urbanística (no solo de los terrenos clasificados como urbanos, sino también de los urbanizables). Doble rasero de medir, el expropiatorio y el contributivo-fiscal, siempre favorable a la Administración y que hace recaer en suma sobre la propiedad inmueble el peso de la actual crisis económica y específicamente de la del mercado inmobiliario.

CAPÍTULO SEXTO

CONTENIDO DE LA PROPIEDAD URBANA (3): EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. TRANSFERIBILIDAD Y REGISTRO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO COMO POSIBLE OBJETO DE TRANSMISIÓN MEDIANTE ACTO O CONTRATO. II. SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO PARA MATERIALIZARLO EN LA MISMA FINCA O PARCELA MEDIANTE LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES LIMITADOS. 1. Síntesis del régimen civil aplicable al derecho de superficie. 2. Régimen aplicable al derecho de vuelo, con referencia a la transmisión y materialización del aprovechamiento urbanístico o edificabilidad que el propio derecho real comporta. III. SUPUESTOS DE TRANSFERENCIA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO DE UN TERRENO O FINCA EN PROCESO DE URBANIZACIÓN Y REPARCELACIÓN. IV. LA TRANSFERENCIA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO COMO TÉCNICA JURÍDICA UTILIZADA POR LA ADMINISTRACIÓN PARA OBTENER TERRENOS DOTACIONALES EN SUELO URBANO CONSOLIDADO POR LA EDIFICACIÓN. 1. Antecedentes. 2. Escasa regulación de las TAUs en la legislación autonómica: Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana. V. INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO ENTRE PARTICULARES MEDIANTE CONTRATO. 1. Elemento subjetivo: capacidad del transmitente para enajenar el derecho al aprovechamiento urbanístico. 2. Determinación del aprovechamiento urbanístico objeto de enajenación. 3. Referencia a la causa del contrato de transferencia o enajenación de aprovechamiento urbanístico. 4. Título formal de la transferencia de aprovechamiento. VI. LA INSCRIPCIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO OBJETO DE TRANSFERENCIA VOLUNTARIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. A) Tipos de asientos registrales relativos a las transferencias voluntarias de aprovechamiento urbanístico. B) Circunstancias que han de hacerse constar en los asientos registrales en supuestos de transmisión interparcelaria de aprovechamiento urbanístico. VII. LA HIPOTECA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO.

I. INTRODUCCIÓN: EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO COMO POSIBLE OBJETO DE TRANSMISIÓN MEDIANTE ACTO O CONTRATO

Hasta aquí, en el tratamiento que se ha hecho en los dos capítulos precedentes del contenido de la propiedad urbana y en particular de las facultades que lo integran, moduladas por el ordenamiento urbanístico a través de un proceso dinámico de regulación –legal y reglamentaria (planeamiento)- y de gestión administrativa, se ha dedicado especial atención a la figura del aprovechamiento urbanístico. Es este tipo de aprovechamiento, como también se ha considerado, el elemento clave, central y nuclear, del contenido del derecho de propiedad inmobiliaria en el ámbito urbano y de sus posibles desarrollos en terrenos susceptibles de transformación urbanística, a fin de atender eventualmente a la necesidad de nuevos asentamientos de población en terrenos que han de ser debidamente ordenados y urbanizados.

En cuanto facultad contenida en el derecho de propiedad urbana, obviamente el aprovechamiento urbanístico corresponde al titular dominical de los terrenos situados en suelo urbano y en suelo urbanizable, en la medida en

que le venga asignada, como se ha visto, la correspondiente edificabilidad destinada para un determinado uso o usos (alternativos), integrantes del aprovechamiento lucrativo. Ni que decir tiene que, en cuanto contenido de un derecho, el aprovechamiento urbanístico es jurídicamente un bien de naturaleza inmaterial o incorporeal, perteneciente al dueño del terreno, facultado así para “hacer en él las obras [...]” (art. 350 CC) en las que, en definitiva, llega a materializarse, el ejercicio del *ius aedificandi*. Ahora bien, en la facultad del propio titular propietario de un terreno edificable, se halla la posibilidad de disponer, por propia voluntad e interés, de dicha facultad de aprovechamiento urbanístico, transmitiéndolo a favor de otra persona, para que sea ésta quien construya o edifique en dicho terreno o incluso en otro diferente, en cualquier caso de conformidad con la ordenación jurídica, civil y urbanística, que configura ese aprovechamiento objeto de transferencia como un “derecho” real (autónomo), limitativo del de propiedad.

Esta posibilidad de cesión o transmisión de aprovechamiento urbanístico o, si se quiere, de volumen edificable o edificabilidad (en que en concreto se expresa aquél fundamentalmente), viene amparada en principio por el precepto del artículo 1271 de nuestro Código Civil, que respecto al objeto de los contratos admite que puedan serlo “todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras” (entendiendo el concepto de “cosa” en sentido jurídico, como bien incluso de naturaleza incorporeal)²⁴⁰. Indudablemente, el aprovechamiento urbanístico de un terreno de propiedad privada en el ámbito urbano, aunque venga concretamente asignado por el planeamiento administrativo, no es una cosa pública, por lo que no tiene la consideración de bien *extra commercium*; ni tiene carácter personalísimo, pues su atribución se hace con referencia exclusiva a unos terrenos (*ob rem*), abstracción hecha de quien ostente la condición de propietario²⁴¹. Posibilidad de cesión o transferencia de aprovechamiento urbanístico que admite la legislación urbanística, tanto la precedente del Estado²⁴² como la actual de las Comunidades Autónomas, a que se hace referencia más adelante, en el presente capítulo.

²⁴⁰ Así, TORRES LANA, J.A., en *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, EUNSA, Pamplona, 1975, págs. 290 y ss, y 372. No todas las cosas tienen relevancia jurídica, por lo que Gayo establecía respecto a ellas la división de *res commercio aut extra commercium* y consideraba que sólo las cosas que están en el comercio tienen valor para el iusprivatista, entendiendo las mismas en sentido amplio, que no solo abarca a las partes tangibles de la naturaleza sino también las inmateriales, incluyendo en éstas los derechos (de usufructo, de crédito...). (COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1, Edit. Alianza, 1975, pág. 132).

²⁴¹ MARTÍN BLANCO, J., *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1964, pág. 37.

²⁴² Así, la LS de 1956 (art. 78.1, apartados c y d), así como los Textos Refundidos de 1976 (art. 95.1, c y d), y de 1992 (arts. 99 y 185 a 198).

El aprovechamiento urbanístico puede ser objeto de transmisión en diversos supuestos. El más frecuente es el que se produce, normalmente, como consecuencia de la enajenación (compraventa, permuta o donación) de la propia finca o terreno, cuya enajenación conlleva de suyo la facultad de realizar el adquirente su uso y construcción conforme a la ordenación urbanística, como también de cumplir los deberes que la misma ordenación establece, en virtud del principio de subrogación real (así, el artículo 19 de la Ley estatal de Suelo, TR de 2008). En este supuesto digamos general, el aprovechamiento urbanístico es el que se halla asignado al suelo por la ordenación o plan, formando un todo unitario con la parcela o terreno edificable. No es este, sin embargo, el supuesto que aquí se va a considerar, sino el de la transmisión total o parcial de aprovechamiento urbanístico mediante la constitución por el propietario del terreno de “derechos” reales limitados, como el derecho de superficie o el de vuelo, que facultan a un tercero, superficiario o sobreelevante, para construir en la *misma* finca o parcela que tenga asignado el aprovechamiento; o bien, mediante la transferencia de aprovechamiento urbanístico de un terreno o parcela a otra *distinta*, en cuya hipótesis cabe incluir, a su vez, dos supuestos que se hallan previstos y regulados por la legislación urbanística:

- Uno es el que se produce en caso de enajenación de unidades o cuota parte del aprovechamiento urbanístico correspondiente a una finca situada y comprendida en un ámbito de actuación o ejecución del planeamiento sujeto a *reparcelación* urbanística, para distribuir y asignar dicho aprovechamiento –así como los deberes y cargas urbanísticas condicionantes de la posibilidad de materializarlo- en las fincas resultantes, en proporción a las fincas o terrenos aportados por los propietarios.

- Otro supuesto de transmisión diferente es el de las llamadas “transferencias de aprovechamiento urbanístico” (TAU), regulado por la Ley del Suelo, TR de 1992, y actualmente por la legislación urbanística de determinadas Comunidades Autónomas; en cuyo supuesto se arbitra un sistema, en el que interviene la Administración, y en el que, a fin de poder obtener ésta en suelo urbano la cesión de terrenos para dotaciones públicas, antes de materializar el aprovechamiento urbanístico asignado a una parcela que pretenda construirse, poder ajustar ese aprovechamiento –en caso de que no coincida con el asignado por el plan, respecto del aprovechamiento “tipo”, por ser aquél superior o inferior a éste-, mediante la correspondiente transferencia, que la Administración municipal puede incluso llegar a imponer forzosamente en caso de falta de acuerdo entre los propietarios de los terrenos o parcelas de que se trate.

Las situaciones jurídicas pueden ser en la práctica muy diversas, y tener mayor o menor complejidad, según que el terreno o finca se halle en proceso de urbanización y, en este caso, sujeto o no a reparcelación, o bien se trate de una parcela edificable que se halle ya urbanizada y merezca por ello la condición de solar; e incluso en este último caso, puede suceder que carezca de licencia de

obras, que habrá de solicitarse antes de construir, o bien que el ejercicio de la facultad de edificar venga ya legitimado por la correspondiente licencia urbanística²⁴³. La transmisión o transferencia de aprovechamiento se ve, así pues, jurídicamente condicionada, en cuanto al contrato o negocio jurídico y a la validez y eficacia de éste, por múltiples factores y circunstancias fácticas, jurídicas e incluso administrativas (actos de la Administración pública), que sólo en términos generales se trata de abordar aquí respecto a los supuestos indicados, y en los cuales la propiedad del suelo se disocia o separa del aprovechamiento urbanístico, que pasa a constituir un objeto jurídico independiente del suelo o terreno originario.

La autonomía de la voluntad de los propietarios de terrenos, en ejercicio de su facultad de disponer (*ius disponendi*) de la cosa, en caso de cesión o transmisión de aprovechamiento urbanístico, viene también condicionada en diversa medida por la legislación urbanística y administrativa. Si bien esa cesión constituye en todo caso un acto de disposición del propietario²⁴⁴ por el cual éste transmite o cede, total o parcialmente, facultades propias del *ius aedificandi* contenidas en su derecho de propiedad, se constata, como vamos a ver, que la incidencia del urbanismo en la autonomía de la voluntad, tan intensa hoy dada la concepción estatutaria de la propiedad inmobiliaria –y la proliferación de la legislación urbanística que comporta²⁴⁵, se pone

²⁴³ TORRES LANA se plantea como interrogante el papel de la licencia urbanística en la transmisión y hasta qué punto penetra en la estructura del negocio jurídico en que se lleva a efecto, así como los efectos que su falta produce, considerando que el negocio transmisivo otorgado sin la licencia será válido, y que aquella afecta a su eficacia (*La configuración jurídica ...*, pág. 221 y s).

²⁴⁴ Todo supuesto de enajenación de volumen edificable constituye un acto dispositivo, dice TORRES LANA (*La configuración jurídica ...*, pág. 206 y ss). El inmueble que pierde su volumen pierde uno de sus principales elementos de valor. Se trata de un acto que afecta al capital –al valor- del inmueble, puesto que lo disminuye, dice dicho autor (pág. 207), citando en este sentido a F. MESSINEO, *Derecho Civil y Comercial*, Edit. EJE, vol. II (pág. 129), Buenos Aires, 1950.

²⁴⁵ GARRIDO DE PALMA, V.M., “La autonomía de la voluntad en el urbanismo”, respecto a la 4ª sesión del 11º Congreso Notarial Español, en *Diario La Ley*, nº 7741, de 22 de noviembre de 2011. La *praxis* profesional de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad, en el ejercicio de las respectivas funciones de fé pública y de asesoramiento, conforme a las leyes, pone de relieve la complejidad y las dificultades de aplicación de una legislación que, como la del suelo y urbanística, suscita múltiples problemas, dada su extensión y múltiples fuentes normativas legiferantes. De aquí que se haya señalado en dicho Congreso la necesidad de depurar la normativa urbanística y robustecer los legítimos intereses individuales de todos los propietarios de suelo y de todos los implicados en las transformaciones urbanísticas, por considerar que aún está por lograr el justo equilibrio de los intereses privados y del interés general. En el nº 7765 de dicho *Diario La Ley*, de 29 de diciembre, monográfico sobre la autonomía de la voluntad en el Derecho Patrimonial, tratada en dicho Congreso, se publica el texto de las ponencias de los profesores L. Díez Picazo, M. Morales Moreno, J.Mª Miquel y M.A. Rueda, esta última sobre la “autonomía de la voluntad en el urbanismo”, en todas las cuales se hacen importantes

especialmente de manifiesto en la temática relativa al ejercicio por sus titulares de facultades contenidas en la propiedad inmobiliaria urbana.

II. SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO PARA MATERIALIZARLO EN LA MISMA FINCA O PARCELA MEDIANTE LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES LIMITADOS

El aprovechamiento urbanístico y en concreto la edificabilidad permitida por el planeamiento respecto a una determinada finca o terreno puede materializarse por el mismo propietario de éste, o bien por un tercero no propietario legitimado por la titularidad de un derecho de superficie o de vuelo, tipos éstos de derechos reales inmobiliarios (*iura in re aliena*) tradicionalmente situados en la órbita jurídica civil, por tratarse de derechos constituidos en relaciones entre particulares y donde rige por ende el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC). De aquí que, como excepción al principio de *superficie solo cedit* (artículo 350 CC) y pese a que el propio Código Civil no regule estos tipos de derechos reales (sólo menciona, como es sabido, el derecho de superficie en el artículo 1611, pfo 3, a los solos efectos de decir que no se aplica lo dispuesto en el mismo sobre la redención de censos; mientras que el derecho de vuelo viene regulado en la legislación registral, a efecto de su inscripción en el Registro de la Propiedad).

La significación conceptual de cada uno de estos tipos de derechos reales ha sido tratada por la más autorizada doctrina civilista²⁴⁶. Ambos tipos de derechos vienen a ser configurados como supuestos de propiedad separada de la propiedad del suelo, que en el derecho de superficie atribuye a su titular la propiedad de lo edificado en un terreno ajeno, mientras que en el derecho de

consideraciones sobre los principios y las claves de los varios aspectos de las cuestiones tratadas sobre la materia.

²⁴⁶ Sobre el derecho de superficie, cabe citar a DE LOS MOZOS: *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Edit. Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974; ALONSO PÉREZ, M^a T^a: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, Edit. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000; así como a los estudios dedicados a dichos derechos en los manuales y tratados de Derecho Civil al uso (C. LASARTE, M. ALBALADEJO GARCÍA, LACRUZ BERDEJO, DÍEZ PICAZO y GULLÓN, DE PABLO CONTRERAS *et alii*). Sobre el derecho de vuelo, además del citado de ALONSO PÉREZ, también a DE FRANCO PAZ: *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2001; PÉREZ DE ONTIVEROS: *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2003; MATHEU DELGADO, J.A.: *Derechos de vuelo y subsuelo*, Edit. Dykinson, Madrid, 2011; y PÉREZ PÉREZ, E., que en su libro *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Edit. Bosch, Barcelona, 2004, se refiere al vuelo y al subsuelo como posibles objetos de derechos autónomos y concretamente al derecho de superficie y a los de sobreelevación y subedificación (págs. 85 a 96).

vuelo, o sobre-edificación, su titular adquiere la propiedad de lo construido sobre un edificio (o bajo el mismo, en el caso del derecho de sub-edificación). En cualquiera de estos supuestos, en caso de que exista la construcción, el titular del derecho *in re aliena* vendrá facultado para construir en el terreno o parcela edificable (derecho de superficie) o a construir una nueva planta/s en una finca ajena ya edificada (derecho de vuelo); ahora bien, una vez ejercitado el *ius aedificandi* y construida la edificación o las plantas del edificio, el titular del derecho de propiedad de lo edificado, hace suyo lo construido, a título de dueño. En definitiva, pues, la transmisión del *ius aedificandi*, que incluye la edificabilidad o aprovechamiento urbanístico correspondiente, faculta al titular del derecho para materializarlo directamente sobre el suelo, ocupando su “superficie”, o bien sobre un edificio, pero en cualquier caso adquiriendo la propiedad del edificio o de las plantas que, en ejercicio del respectivo derecho, construya materializando dicho aprovechamiento.

Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a uno u otro supuesto de situación jurídica subjetiva es diferente, ya que el derecho de superficie viene regulado fundamentalmente por la legislación urbanística del suelo, completada por la legislación hipotecaria en los aspectos registrales, mientras que el derecho de vuelo (y el de sub-edificación), a que alude el régimen legal de la propiedad horizontal y que contempla el Reglamento Hipotecario (en su artículo 16.2), es una construcción fundamentalmente doctrinal –de la doctrina registral y de la doctrina civilista- y de la jurisprudencia.

1. Síntesis del régimen civil aplicable al derecho de superficie

La legislación estatal del suelo ha sido la que, ante la ausencia de regulación de este tipo de derecho real en el Código Civil, ha acogido la normativa aplicable al mismo, desde la Ley del Suelo de 1956 hasta la vigente de 2007-TR de 2008²⁴⁷. Texto legislativo éste que, aunque aplicable en su caso por la Administración pública²⁴⁸, y por lo que aquí se trata, es también aplicable

²⁴⁷ Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 (arts. 157 a 161), Ley del Suelo TR de 9 de abril de 1976 (arts. 171 a 174), y Ley del Suelo TR de 1992 (arts. 287 a 290). La S. TC 61/1997, de 20 de marzo, anula la mayor parte de los preceptos de esta última Ley por invadir la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo, pero como excepción mantuvo entre otros los relativos al derecho de superficie (que la sentencia constitucional consideró incluidos en el título competencial del Estado en materia de legislación civil, art. 149.1, 8º CE).

²⁴⁸ Que desde la precedente legislación de suelo, y como medida de “fomento” de la iniciativa privada en el sector de la vivienda, regulara la posibilidad de conceder, en suelo de su pertenencia patrimonial, derechos de superficie. La vigente Ley estatal del Suelo, TR de 2008 (arts. 40 y 41), contiene una regulación que trata, como dice en su preámbulo, de “favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario” (Apartado VIII, pfo 3, en los mismos términos que la Exp. de Motivos de la Ley de Suelo de 2007, apartado VII, pfo último).

a los particulares entre sí, tratándose como se trata de una normativa de naturaleza civil²⁴⁹. Según este régimen jurídico civil vigente, el derecho de superficie viene sujeto a determinadas normas de alcance general, en cuanto aplicables en todo el territorio nacional y tanto respecto a terrenos de propiedad privada como a los patrimoniales de entidades públicas.

Por lo pronto, esta normativa contiene una definición –legal-²⁵⁰ del “derecho real de superficie” que responde esencialmente a las características de su noción doctrinal y jurisprudencial, en cuanto asigna la facultad de construir o edificar sobre el terreno (“en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena”) al superficiario, que adquiere así temporalmente la “propiedad” de la edificación o construcción realizada; aunque el supuesto incluye también el que exista ya la construcción o edificio objeto de dicho derecho real en cosa ajena. Se asume así, incluso legalmente, la distinción entre la “propiedad temporal” del superficiario, en cualquier caso, y la “propiedad separada del titular del suelo”, sea éste público o privado.

Cuando se trata de suelo público de carácter “patrimonial”, la Administración viene sujeta a realizar la transmisión de derechos de superficie conforme al correspondiente régimen administrativo de selección y adjudicación de bienes patrimoniales propios de la misma (arts. 131 a 138 de la Ley 33/2003; legislación de patrimonio autonómica, y legislación de régimen local). Además de la normativa estatal citada y la del suelo, la contenida en las siguientes leyes urbanísticas: en *Andalucía*, la Ley 7/2002 (art. 77); *Aragón*, la Ley 3/2009 (art. 120); *Asturias*, TR-Dec. Legislativo 1/2004 (art. 226); *Cantabria*, Ley 2/2001 (art. 239); *Castilla-La Mancha*, TR-Dec. Legislativo 1/2004 (arts. 80 a 82); *Castilla y León*, Ley 5/1999 (art. 130); *Cataluña*, TR-Dec. Legislativo 1/2010 (art. 171); *Extremadura*, Ley 15/2001 (arts. 95 a 97); *Galicia*, Ley 9/2002 (art. 178); *La Rioja*, Ley 5/2006 (art. 185); *Madrid*, Ley 9/2001 (arts. 179 a 181); *Murcia*, TR-Dec. Legislativo 1/2005 (art. 201); *Navarra*, Ley Foral 35/2002 (arts. 236 a 238); *País Vasco*, Ley 2/2006 (arts. 128 a 130); y *Comunidad Valenciana*, Ley 16/2005 (art. 267).

No cabe constituir derecho de superficie en un bien de “dominio público”, sino una concesión administrativa, porque la inalienabilidad de este tipo de bienes (art. 132.1 CE) no es solo total, sino también parcial, por lo que excluye actos de gravamen real (así, sentencia del TS de 1 de octubre de 2003, que reitera en este sentido a la S. de 28 de abril de 1992).

²⁴⁹ La legislación estatal vigente en materia de suelo, contenida en el TR de 2008 –y, proveniente de la Ley 8/2007–, establece que la regulación del derecho de superficie que contiene (arts. 40 y 41), en razón del título competencial en virtud del cual la ha establecido el Estado con alcance general (art. 149.1, 8º CE), tiene el carácter de legislación *civil* (Disp. Final primera, 3), “sin perjuicio –establece ésta– de los regímenes civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

²⁵⁰ Art. 40.1 de la Ley de Suelo, TR de 2008, cuyo texto literal dice que: “El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo”.

En el supuesto del artículo 17.4 LS-TR 2008 –reformado por la Ley 8/2013-, cuando los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público, se constituirá un complejo inmobiliario privado (calificado como “urbanístico”), en el que aquéllos y ésta tendrán el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público (conforme a dicho precepto legal, en relación al art. 2, apartado 5.2 de la Ley 8/2013). En caso de que se realice *inter privatos*, en el supuesto del artículo 17.6 y en el del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, el complejo inmobiliario será “privado” (art. 2, apartado 5.1 de esta última Ley). Debiendo tenerse en cuenta en todo caso lo dispuesto en el artículo 17.3 de la LS-TR de 2008, redactado por la Ley 8/2013²⁵¹.

La constitución del derecho de superficie ha de formalizarse necesariamente –como requisito de validez- en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, como requisito de constitución y asimismo de eficacia respecto a terceros²⁵².

²⁵¹ Que textualmente dice así: “3. La constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de ésta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior.

El complejo inmobiliario podrá constituirse sobre una sola finca o sobre varias, sin necesidad de previa agrupación, siempre que sean colindantes entre sí o únicamente se hallen separadas por suelos que, de acuerdo con la ordenación territorial y urbanística, deban tener la condición de dominio público, ser de uso público, servir de soporte a las obras de urbanización, o ser computables a los efectos del cumplimiento del deber de entregar a la Administración el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención”.

²⁵² Respecto a la inscripción registral, regulada en el Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959, que requiere las circunstancias que debe reunir la inscripción del derecho de superficie para su “eficaz constitución” (plazo de duración, canon o precio a satisfacer por el superficiario en caso de que se constituya a título oneroso, plazo para realizar la edificación, pactos relativos a los actos de disposición del superficiario y garantía real que asegure el cumplimiento del contrato...), fue objeto de modificación por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que la sentencia del TS de 31 de enero de 2001 declaró nula, en la nueva redacción que dio el precepto reglamentario, por falta de cobertura legal de éste, al incidir en cuestiones “que afectan a la definición del derecho de propiedad, que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad”. La doctrina ya había criticado la redacción de 1959, por establecer el carácter constitutivo de la inscripción no previsto por la Ley Hipotecaria (DE LA IGLESIA MONJE), lo que hace difícil que pueda defenderse la aplicabilidad del art. 16.1 RH según su redacción originaria (PÉREZ ÁLVAREZ y DE PABLO CONTRERAS: *Curso de Derecho Civil*, III, Edit. Colex, 2008, pág. 513 y s). La regulación civil del derecho de superficie establecida por la Ley de Suelo, TR de 2008, resuelve esa falta de cobertura legal precedente, por lo que a nuestro juicio la inscripción registral del derecho de superficie habrá de reunir, además

El carácter temporal del derecho de superficie viene dado por el plazo acordado por las partes, con el límite que la Ley de Suelo fija en el plazo máximo de 99 años; plazo de duración que ha de venir fijado expresamente en el título constitutivo del derecho y específicamente formalizado en la escritura pública. La omisión de este requisito, en caso de no consignar plazo alguno en el acto o contrato formalizado en la escritura pública, no constituye infracción o vicio determinante de nulidad de aquél, sino sólo supone que la duración del derecho será entonces la que la Ley prevé como máxima (PÉREZ ÁLVAREZ y DE PABLO CONTRERAS).

El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito; y la contraprestación a cargo del superficiario, en el primer caso, podrá consistir en una suma global, de un canon periódico o alguna de las modalidades, incluso mixtas, que la Ley determina (art. 40.3), aunque la autonomía de la voluntad de las partes particulares permitiría a éstas acordar cualquier otra modalidad que estimen conveniente a sus respectivos intereses.

Por lo demás, el derecho de superficie es transmisible y susceptible de gravamen, pero con las limitaciones fijadas en su título constitutivo, acto o contrato; como también el propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho de propiedad separada, sin necesidad de consentimiento del superficiario.

Y por último, la extinción del derecho de superficie se produce legalmente en caso de que la construcción o edificación no se realice conforme a la ordenación territorial y urbanística en el plazo fijado en el título constitutivo (como condición resolutoria)²⁵³ y, en todo caso, por el transcurso de este plazo; al término del cual se producirá la reversión total de lo edificado al dueño del suelo (art. 40.3, *in fine*, y 41.5, pfo 2).

de las circunstancias requeridas para realizarla de modo general, por la LH (arts 6 y ss), las específicas que la vigente Ley de Suelo de 2008 establece respecto al plazo de duración, canon o precio, etc. *Vid.* Asimismo sobre esta cuestión y otras, A. ALONSO CLEMENTE, “El derecho de superficie y función social de la propiedad”, en la *Revista “Práctica Urbanística”* nº 120 (2013), Edit. La Ley, pág. 96 y ss.

La S. del TS (Sala de lo Civil) de 23 de junio de 1998 señala, FJ 2º, que “si éste [el vuelo] está desgajado del anterior [esto es, el derecho de propiedad], el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, como dice la sentencia de 9 de julio de 1988”. Los arrendamientos “ad mediorandum” y “ad edificandum”, en cuanto contratos atípicos sujetos al CC, no constituyen derecho de superficie, ni de vuelo o sobreelevación, ni por ello constituyen derechos reales sobre cosa ajena (S. TS, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2000, F. J. 2º, donde se citan otras sentencias precedentes).

²⁵³ Condición cuyo cumplimiento determina la ineficacia sobrevenida del título y, por ende, la extinción del derecho de superficie. Por ello, para que la condición resolutoria sea oponible a terceros adquirentes debe figurar inscriba en el Registro de la Propiedad (cfr. arts. 9.2º LH y 51.6ª RH). (PÉREZ ÁLVAREZ y DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho ...*, pág. 510 y s).

En caso de consolidación o reunión de los derechos de propiedad separados, legalmente se establece que las cargas que recayeren sobre la propiedad del suelo y el derecho de superficie “continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo” de este derecho; así, el propietario del suelo habrá de respetar, por ejemplo, el régimen de propiedad horizontal que haya constituido el superficiario respecto del edificio realizado, la hipoteca que en su caso grave éste, arrendamientos, etc.

2. Régimen aplicable al derecho de vuelo, con referencia a la transmisión y materialización del aprovechamiento urbanístico o edificabilidad que el propio derecho real comporta

El llamado derecho de vuelo, como se ha indicado antes, es un tipo de *iure in re aliena* que faculta a su titular para construir una o más plantas sobre un edificio de propiedad ajena, haciendo suyos –de su propiedad- la planta o plantas construidas o sobreedificadas. Es, pues, también, otro supuesto de propiedad separada, que aquí tiene por objeto lo que se haya sobreedificado, a diferencia del derecho de superficie cuyo objeto faculta para construir sobre el suelo. La discusión doctrinal respecto a la naturaleza del derecho de vuelo, o sobreelevación (y subedificación), lleva a distinguir entre la posibilidad o “facultad” (jurídica) de sobreelevar una o más plantas sobre un edificio ya construido, o proyectado²⁵⁴, y el “derecho” de propiedad respecto al dominio de la planta o plantas construidas en ejercicio de dicha facultad contenida en este tipo de derecho real²⁵⁵.

²⁵⁴ Según la doctrina sentada en Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1986, recogida por MATHEU DELGADO, J. A., *ob.cit. Derechos de ...*, pág. 36, y sobre la distinción entre derecho y facultad, pág. 54 y ss. Asimismo, CARRASCO PERERA *et alii*, en *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Edit. Dilex, 5ª edición, Madrid, 2005, págs. 259 y ss.

²⁵⁵ La escasa regulación de este derecho se halla contenida en nuestro ordenamiento, en el régimen legal de la propiedad horizontal; concretamente, en el art. 396 CC y el 12 de la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal. Respecto al precepto del CC, ALONSO PÉREZ, M^a T., dice que, al referirse el art. 396 a cualquier otro elemento común distinto de los que menciona, con la consideración de cualquier otro elemento “material o jurídico”, la doctrina entiende que, entre estos últimos (los jurídicos) hay que incardinar la facultad de sobre o subedificar, integrantes del contenido del derecho de propiedad sobre el inmueble, ya que el art. 396 CC pone a los elementos materiales y jurídicos en un mismo plano (“La sobreedificación y la subedificación en la propiedad horizontal”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 58, abril-junio 2005, pág. 693). En concreto, el art. 12 de la Ley de Propiedad Horizontal alude a la construcción de nuevas plantas, a los efectos de establecer que afectan al título constitutivo y someter su realización al régimen establecido para la modificación del mismo –unanímadamente-. No obstante, no cabe identificar de modo exclusivo la construcción de nuevas plantas *ex art. 12 LPH* con el derecho de sobreelevación y subedificación. Como escribe PÉREZ DE ONTÍVEROS, además de al derecho de sobre o subedificación, la construcción de nuevas plantas *ex art. 12 LPH*, también puede traer causa: de un acuerdo de la comunidad de propietarios que decide realizar las construcciones

Aunque de rango jurídico secundario, pero que presupone el reconocimiento jurídico en nuestro ordenamiento del tipo de derecho real que se considera, el Reglamento Hipotecario, en su artículo 16.2 se refiere al derecho de vuelo –“de elevar una o más plantas sobre un edificio [...], haciendo suyas las construcciones resultantes”-, y determina las posibles vías jurídicas de constitución, esto es: bien, en caso de enajenación del edificio, reservándose el propietario el derecho de sobreedificación, o bien, en otro caso, transmitiendo el propietario del inmueble a un tercero el derecho de sobreelevación; cuya inscripción en el Registro de la Propiedad regula el mismo RH, en su artículo 8.3²⁵⁶.

Por lo demás, el derecho de vuelo incluye la facultad de materializar su titular un determinado aprovechamiento urbanístico asignado a la finca por el planeamiento general, o especial en su caso, si aquélla se hallara situada en suelo urbano, o por el plan parcial en suelo urbanizable; en cualquier caso, un determinado volumen de edificabilidad que podrá construir el titular sobrelevante en un plano situado fuera del paramento construido del edificio – construido o proyectado-, y en el cual ha de caber, tanto vertical como horizontalmente dentro de la línea de edificación, el volumen edificable asignado en virtud del derecho de vuelo constituido.

Lógicamente, el aprovechamiento destinado a la sobreedificación no podrá exceder del máximo asignado a la finca donde hubiere de construirse, incluyendo el ya consumido o agotado por la edificación sobre la cual haya de materializarse el ejercicio de dicho derecho. La ordenación territorial y urbanística –autonómica y municipal-, y en último término, su concreción conforme a ella²⁵⁷ mediante la preceptiva licencia o autorización administrativa,

correspondientes en el ejercicio de su titularidad dominical; o de la constitución de un derecho de superficie, de modo que el titular adquirirá la propiedad temporal de las obras realizadas que revertirán a la comunidad a la extinción del plazo señalado (PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en *Curso de Derecho Civil*, en colaboración, Coord. DE PABLO CONTRERAS, Edit. Colex, tomo III, 2008, pág. 217).

La actual Ley estatal de Suelo, en diversos preceptos (arts. 8.6; 17.1 y 4; etc.), se refiere a la propiedad urbana, con referencia al vuelo y al subsuelo; así como, con mayor precisión y en relación con la edificabilidad y aprovechamiento urbanístico, en general la legislación urbanística autonómica (citada en la nota 248).

²⁵⁶ En la inscripción registral deben hacerse constar las determinaciones que estos preceptos establecen (cuotas correspondientes a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su fijación, así como las normas estatutarias para el caso de hacerse la construcción). Véanse las consideraciones que la doctrina hace a este respecto, en el *Curso de Derecho Civil, III. Derechos Reales*, de DE PABLO CONTRERAS *et alii*, cit. en la nota anterior, págs. 518 y s. Asimismo, MATHEU DELGADO, *ob. cit. Derecho de vuelo ...*, pág. 167 a 170 y 595 y ss.

²⁵⁷ Es el plan la norma que, dentro de la ordenación urbanística, establece las determinaciones que condicionan el ejercicio del *ius aedificandi* en cuanto a la altura máxima edificable, líneas de edificación y de fondo, etc., que delimitan el volumen edificable de una parcela (*supra*, Capítulo Cuarto, apartado III.2).

que permitirá acreditar y habilitar, en definitiva, al titular sobrelevante para llevar a cabo el ejercicio de su *ius aedificandi*²⁵⁸.

No parece necesario extenderse más en la consideración de estos tipos de derechos reales para construir o materializar en una parcela o finca ajena el aprovechamiento urbanístico y, en concreto, la edificabilidad permitida por la ordenación urbanística (el plan) sobre la misma. Mayor complejidad plantean otros supuestos que a continuación se pasa a considerar.

III. SUPUESTOS DE TRANSFERENCIA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO DE UN TERRENO O FINCA EN PROCESO DE URBANIZACIÓN Y REPARCELACIÓN

La transmisión a terceros de aprovechamiento urbanístico y, en concreto, de edificabilidad correspondiente a una determinada finca, ofrece otras connotaciones jurídicas y urbanísticas cuando la misma se halla sujeta a urbanización, en ejecución del planeamiento, porque en este supuesto por lo pronto el propietario, no puede materializar la facultad de edificar prevista en el plan, ni él mismo ni un tercero habilitado al efecto, mediante alguno de los derechos reales considerados. Fundamentalmente porque la legislación del suelo, estatal y autonómica urbanística, obliga a que el terreno o parcela donde se pretenda construir sea no solo edificable sino que esté urbanizado y tenga, en consecuencia, la condición de solar. Por ello, fuera de supuestos excepcionales de determinados tipos de construcciones legalmente admitidos en suelo rústico (vivienda familiar aislada, construcciones vinculadas a obras públicas ...), que no es este el caso de la propiedad inmueble urbana, ésta viene sujeta a un proceso de urbanización, o en su caso de re-urbanización, que por lo general ha de anteceder al ejercicio del *ius aedificandi*, como se ha considerado anteriormente al examinar la dinámica de la propiedad urbana (en el Captº Cuarto); dinámica que incluye la *reparcelación*, a fin de fijar y concretar previamente en el ámbito de suelo a urbanizar –polígono o unidad de ejecución o actuación fundamentalmente en suelo urbanizable y en suelo urbano sin consolidar- el reparto justo no sólo de los deberes y cargas de urbanización sino también del aprovechamiento urbanístico, que constituye la utilidad o “beneficio” derivado de la ordenación o plan a ejecutar. A cada metro

²⁵⁸ Véanse las consideraciones que sobre el derecho de vuelo en relación con el derecho a edificar hace MATHEU DELGADO, en *Derechos de vuelo ...*, pág. 269 y ss., y en particular respecto a la transmisión del *ius aedificandi* que, a través del derecho de vuelo, pasa al titular de este derecho real. En este caso, la transmisión del derecho de elevación o la reserva del mismo que, como modalidades de constitución del mismo prevé el art. 16.2 RH, hacen que el *ius aedificandi* se separe al menos parcialmente de la titularidad del derecho de propiedad sobre el inmueble (pág. 275).

cuadrado de suelo en el ámbito de actuación corresponde, pues, un aprovechamiento (beneficio) y no sólo unos deberes o cargas.

La reparcelación viene así a concretar, de una manera proporcionada y precisa respecto a cada terreno o parcela situada en el ámbito de actuación a urbanizar (“unidad reparcelable”, a efectos equidistributivos), el aprovechamiento urbanístico correspondiente; reparcelación que ha de realizarse mediante el correspondiente proyecto y aprobarse con anterioridad a acometerse materialmente la ejecución de las obras de urbanización. Para ello, la reparcelación supone inicialmente la integración de todas las fincas existentes (“fincas originarias”, “aportadas” por sus propietarios), aportación que da lugar a la constitución de una *comunidad* de bienes y derechos, como consecuencia de la inicial *agrupación* de todas las fincas del ámbito de la “unidad reparcelable” aportadas por sus propietarios, para su posterior división conforme al plan. La agrupación de fincas constituye así una comunidad de bienes y derechos, aunque transitoria, cuya titularidad -normalmente fiduciaria-, asume el urbanizador (junta de compensación, Administración actuante o agente urbanizador, según sea el sistema de actuación aplicado) hasta que el proyecto de reparcelación recibe la aprobación definitiva de la Administración pública – que tutela todo el proceso-. Es en este momento cuando se produce el efecto sustitutivo (subrogación real) de las fincas “originarias”, aportadas por los propietarios, por las fincas resultantes, con el aprovechamiento o edificabilidad de éstas que a cada una corresponda, en proporción a la superficie de la finca aportada (o compensación económica, en su caso), según se ha considerado en el precedente capítulo, donde se ha hecho referencia a la legislación de suelo estatal y autonómica aplicables al respecto.

La atribución de la titularidad, dominical o fiduciaria, a la comunidad reparcelaria integrada por todas las fincas aportadas, determina y justifica, pues, la imposibilidad de dividir o segregar los terrenos en proceso de reparcelación, desde su iniciación (así como la suspensión de licencias) hasta su aprobación administrativa definitiva y “firme” (en vía administrativa). Situación temporal de indivisibilidad de las fincas de origen aportadas a dicha comunidad que determina el que su transmisión por los propietarios respectivos se realice no respecto de la propia finca, sino mediante alguna de las siguientes formas: a) la transmisión de la *cuota* indivisa asignada a la finca originaria en dicha *comunidad*; b) la transmisión o enajenación parcial de unidades de *aprovechamiento* urbanístico que, respecto a las *fincas resultantes*, han de ser objeto de adjudicación futura con la aprobación definitiva del proyecto; o c) la enajenación de una *finca*, pero cuya adjudicación como finca de resultado se halla *in fieri*, en proceso de reparcelación, pero con ésta no

definitivamente resuelta, ni por ende adjudicada la finca que ha de sustituir a la originaria aportada por el vendedor²⁵⁹.

a) En el primer supuesto, el propietario de una *finca originaria*, aportada a la comunidad reparcelaria, enajena o transmite la *cuota proindiviso* que por aquélla le corresponde; en cuyo caso la inscripción en el Registro de la Propiedad de su derecho, por parte del adquirente, legitimaría a éste ante la Administración pública actuante no solo para intervenir como interesado en la tramitación del procedimiento administrativo, sino también para que en definitiva se le adjudique la finca resultante de la reparcelación en virtud y en la medida de la cuota proindiviso cuya titularidad ostente respecto a la finca originaria²⁶⁰.

b) En el supuesto de enajenación o transmisión de parte del *aprovechamiento urbanístico* de una finca a cuya adjudicación tenga derecho el transmitente como titular de las unidades de aprovechamiento enajenadas, parece indudable que civilmente se trataría, como dice LÓPEZ FERNÁNDEZ, de la enajenación de una cosa futura, una finca en formación en la que se haría efectiva la edificabilidad pactada que corresponda. El Real Decreto 1093/1997, en desarrollo reglamentario del artículo 307 de la Ley del Suelo –TR de 1992 (= art. 51 LS-TR de 2008, que, en su apartado 5, incluye como actos inscribibles en el Registro de la Propiedad los de “transferencia y gravamen de aprovechamiento urbanístico”), prevé en su artículo 39, el supuesto de *inscripción en folio independiente*, como finca disgregada del suelo, el aprovechamiento urbanístico; cuya inscripción ha de cancelarse una vez

²⁵⁹ Supuestos éstos de enajenación de fincas afectadas por un proceso de reparcelación en curso, a que se refiere LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M., en su estudio “El contrato y el aprovechamiento urbanístico”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX (2007), pág. 1079 y ss.

²⁶⁰ Sin que la adjudicación de esta finca pueda bloquear la inscripción del proyecto de reparcelación por aplicación del principio de tracto sucesivo y conforme al art. 99 del RH y 14 del RD 1093/1997, de 4 de julio, respecto a la práctica de asientos posteriores a la nota marginal de iniciación del proyecto de reparcelación (así, LÓPEZ FERNÁNDEZ, “El contrato ...”, pág. 1088). En este caso, pueden plantearse varias cuestiones, a que se refiere el mismo autor, que se refiere a la posibilidad de que el comunero pueda pedir la *división* de la finca originaria *común* (art. 400 CC), cuestión que podrá obviarse mediante pacto de indivisión temporalmente (que admite el mismo art. 400 CC, en su pfo 2), hasta que se apruebe definitivamente el proyecto de reparcelación; así como, por otra parte, el derecho de *retracto* previsto en el art. 1522 del CC, que los demás comuneros pueden ejercer en caso de que otro enajene su cuota, dentro del plazo de nueve días desde la inscripción en el Registro de la enajenación (art. 1.524 CC), aunque con la dificultad de demostrar el precio realmente pagado; y los problemas, en fin, que plantea trasladar el proindiviso sobre la finca originaria a la finca o fincas resultantes, ya que salvo acuerdo expreso entre los contratantes, formalizado en escritura pública, por tratarse de actuaciones entre particulares, así como en el proyecto de reparcelación (*vid.* asimismo el estudio del autor citado, pág. 1089 y s).

adjudicada la finca de resultado por el proyecto de equidistribución o reparcelación definitivamente²⁶¹.

Ahora bien, en este supuesto parece indudable que el efecto práctico del negocio o contrato de enajenación del aprovechamiento urbanístico no se produce simplemente con la inscripción registral sino con la adjudicación de la finca o fincas resultantes que correspondan según el proyecto de reparcelación definitivamente aprobado. Por ello, y para evitar que la actuación urbanística se frustre, y con ello el contenido y efecto práctico del negocio *inter privatos*, convendría que en éste se previera y pactase expresamente que, en tal caso, la situación derivaría en un proindiviso sobre la finca de la cual procedan las unidades de aprovechamiento transmitidas; sin perjuicio, en todo caso, de la posibilidad de optar, en caso de falta de cumplimiento del objeto del contrato, por la resolución extintiva del mismo (art. 1124 CC).

c) En el supuesto, en fin, de enajenación o venta de *finca* que resulte de un proyecto de reparcelación aún no aprobado o en trámite, la cuestión que se plantea se refiere al objeto del contrato, es decir, su efecto real, porque en esta situación no existe en rigor la finca de resultado sustitutiva de la originaria aportada por el propietario, ni por lo tanto puede existir la entrega que requiere el Código Civil (art. 609 y 1095) para la transmisión del dominio; por lo que la adquisición por el comprador tampoco podría ser objeto de inscripción registral

²⁶¹ El art. 39 del citado RD 1093/1997, en su apartado 4, establece que: “En los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen éstas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente”.

La transmisión de aprovechamiento urbanístico durante la tramitación de expedientes de equidistribución –dice ARNAIZ EGUREN, R- no es una idea nueva, que recoge el RD 1093/1997, pero que lo limita a las transmisiones a personas que no son *a priori* aportantes de suelo. Se trata de conseguir una doble finalidad: dar una solución registral que permita el tráfico del aprovechamiento reconocido a quien colabora financieramente en el proceso de equidistribución, así como, por otra parte, calificar el supuesto como una operación inmobiliaria para evitar fraudes, sobre todo en el ámbito fiscal (*La inscripción registral de actos urbanísticos*, Edit. Montecorvo, 2001, pág. 321).

Aunque el precepto parece limitar su alcance a la actuación por el sistema de compensación, al referirse a “los sistemas de gestión privada en que la urbanización corresponde a los particulares”, prácticamente el mecanismo incluye no sólo dicho sistema de actuación por compensación, como resulta de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 2002, que se refiere a una actuación por expropiación, en un caso en el que se habían producido determinadas inscripciones de derechos de aprovechamiento urbanístico a favor de la entidad superficiaria (LÓPEZ FERNÁNDEZ, cit., “El contrato ...”, pág. 1086).

por no cumplirse el principio registral de tracto sucesivo (arts. 20 LH, 9 del Reglamento Hipotecario y 13 del Reglamento aprobado por el RD 1093/1997)²⁶².

Pese a ello, la similitud del supuesto planteado con la enajenación o venta de pisos futuros por el promotor o con la permuta de pisos futuros a construir a cambio de suelo, unida a la solución dada en estos casos por la Dirección General de los Registros y del Notariado, favorable a la inscripción registral, por considerar el derecho al piso futuro como un verdadero derecho real, en la Resolución de la citada Dirección General, de 16 de mayo de 1996, ha llevado a considerar que este derecho real adquirido por título y modo, es inscribible, siendo idónea para ello la escritura pública²⁶³.

En el supuesto planteado de enajenación o venta de finca futura, que resulte de un proyecto de reparcelación aún no definitivamente aprobado, la *inscripción de la finca transmitida* al adquirente o comprador habría de hacerse, no obstante, a nuestro juicio, en el folio correspondiente de la finca originaria, o finca matriz, sin perjuicio de que en el contrato se incluyan los acuerdos que sean necesarios: así, para el caso de que la aprobación definitiva de la reparcelación no llegara a recaer o se introdujeran modificaciones que pudieran afectar al aprovechamiento urbanístico o volumen edificable; o que el aprovechamiento se adjudicase en proindiviso a varios propietarios; así como cláusulas relativas a la posible resolución contractual; y los deberes y compromisos asumidos por el propietario transmitente respecto a la urbanización de los terrenos a realizar, dado el *efecto real subrogatorio* que para el adquirente o comprador ha de producir *ex lege* (art. 19 de la Ley estatal de Suelo, TR de 1008) la reparcelación cuando sobre el proyecto de ésta recaiga la aprobación administrativa definitiva y ejecutiva.

²⁶² Tampoco podría acudir a la inscripción del derecho del adquirente, como dice LÓPEZ FERNÁNDEZ, bajo condición suspensiva, al amparo del art. 9.2º de la LH, porque aún no existiría la finca futura, por lo que no puede existir un folio donde inscribir la propiedad bajo la condición suspensiva (*loc. cit.* "El contrato ...", pág. 1090).

²⁶³ *Vid.* LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M., estudio citado, pág. 1090 y ss, que asimismo se refiere a que esta doctrina ha tenido diversas manifestaciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª): a veces para conceder a los compradores de pisos en construcción la tercería de dominio, ante la falta de un privilegio legal para su derecho y en caso de embargo dirigido contra el promotor (como sucedió en las sentencias de 10 de mayo de 1994, 14 de noviembre de 1997 y otras que conforme al art. 1462, pfo 2, CC, admiten la *traditio ficta* prevista en este precepto, así las SS TS-Sala 1ª de 18 de febrero de 2005 y 28 de febrero de 2006; aunque la S. de 14 de junio de 2007 considera que el derecho dominical de los terroristas se adquiere con la entrega material de la vivienda a la entidad de crédito que ejecuta el embargo, rechazando la tercería de dominio del permutante); otras SS para declarar la ineficacia del título constitutivo otorgado por el promotor negando su condición de propietario único (sentencias de 2 de junio de 1970, 29 de abril de 1970 y 16 de abril de 1979, matizadas por las de 10 de noviembre de 1981 y 19 de octubre de 1982). Asimismo, en la doctrina PLANA ARNALDOS, Mª del C.: *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2002.

IV. LA TRANSFERENCIA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO COMO TÉCNICA JURÍDICA UTILIZADA POR LA ADMINISTRACIÓN PARA OBTENER TERRENOS DOTACIONALES EN SUELO URBANO CONSOLIDADO POR LA EDIFICACIÓN

En suelo ya consolidado como urbano y, por ende, clasificado como tal por el plan urbanístico, la técnica reparcelatoria tiene legalmente una aplicación muy limitada, porque cuando se opera sobre un cuerpo vivo –dice FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-, como es el tejido urbano edificado y consolidado, en este tipo de suelo no es materialmente posible realizar los intercambios y sustituciones de unas parcelas por otras como sucede de modo típico en la reparcelación. Son, pues dificultades de hecho, a veces insuperables, las que han determinado en suelo urbano consolidado la aplicación de otras técnicas jurídicas, fundamentalmente de tipo económico (contribuciones especiales, indemnizaciones sustitutivas de la reparcelación), para realizar obras de reurbanización y equipamientos dotacionales y para compensar, cuando son insuficientes, cesiones de suelo por los propietarios, que son compensadas mediante la correspondiente indemnización expropiatoria, o bien mediante asignación de aprovechamiento urbanístico en la propia parcela o solar edificable o mediante su transferencia a otra.

Las dificultades de la reparcelación en suelo urbano ha llevado, a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley estatal del Suelo de 1990 –TR de 1992-, a introducir una técnica asimismo redistributiva, de “transferencia de aprovechamiento urbanístico” (TAU) inter-parcelaria, mediante una operación consistente en trasladar de la propiedad de una parcela con exceso de aprovechamiento edificable según el plan, este exceso, a otra deficitaria del mismo según el propio plan; exceso o defecto de aprovechamiento urbanístico “real”, asignado por el planeamiento, que a efecto de su transferencia, de una parcela a otra, se hace con referencia a un denominado aprovechamiento “tipo”, fijado para una determinada “área de reparto”, que iguala a todos los propietarios en su derecho *ob rem* cuando, como ocurre normalmente en suelo urbano consolidado, no es posible ejecutar el plan de forma sistemática en ámbitos territoriales delimitados como “unidades de ejecución” o actuación, sino en actuaciones aisladas²⁶⁴.

²⁶⁴ La figura del “aprovechamiento tipo”, como se ha visto en el Capítulo anterior, se aplica no sólo al suelo urbanizable (art. 97 LS/92), también al suelo urbano (art. 96), incluso al consolidado (art. 99); y sirve tanto para *igualar* el contenido del derecho de propiedad en actuaciones de urbanización sistemáticas como para obtener terrenos para dotaciones públicas en actuaciones aisladas o “asistemáticas”. En este último caso, que se refiere especialmente al suelo urbano consolidado, que puede constituir una sola “área de reparto”, para ésta se fijaría el “aprovechamiento tipo” para toda ella y que constituye el coeficiente unitario de aprovechamiento que el plan establece y que *igualar* a este efecto a todos los terrenos situados en ella: todos los propietarios tienen, pues, el mismo derecho subjetivo al aprovechamiento urbanístico “tipo” fijado de modo general (*ob rem*); tipo de aprovechamiento que, en hipótesis,

Dado que de las transferencias de aprovechamiento urbanístico, reguladas por la legislación del suelo –primero la estatal de 1990-1992 y ahora excepcionalmente la legislación urbanística de Castilla-La Mancha y de la Comunidad Valenciana-, pese a su escasa aplicación práctica, se ha tratado en extenso por la doctrina tanto civilista como administrativista citada, parece oportuno dedicarle alguna atención en el tratamiento del tema aunque limitándola a la perspectiva del tráfico jurídico privado (aun cuando haya de hacerse asimismo referencia, en su caso, a la intervención por la Administración pública del negocio o contrato *inter privatos*, guiada por la exigencia de tutelar el interés público que la ordenación urbanística determina). La exposición del modelo de las llamadas TAU ha de ser breve, no solo porque la doctrina haya dado cumplida y extensa explicación del mecanismo sino también porque la citada sentencia constitucional 61/1997 haya anulado su regulación en la LS/1990-1992, y su reviviscencia en la ulterior legislación urbanística de las

puede ser igual, superior o inferior al aprovechamiento “real” que el plan concede en concreto a una determinada parcela de terreno: por ello, en caso de que el aprovechamiento lucrativo sea nulo (en caso de que el plan lo destine para uso dotacional público) o inferior al “tipo” del área de reparto, podrá ser objeto de cesión a otro propietario en situación inversa, o sea a cuya parcela el plan asigne un aprovechamiento superior al “tipo” o promedio.

La operación se instrumenta ante la Administración municipal, cuando el propietario ejercita su *ius aedificandi* solicitando la correspondiente licencia de edificación. Esta era, en síntesis, la operativa del régimen urbanístico de las llamadas TAU, que la Administración podía incluso imponer coactivamente en su caso (art. 192). La vigente *legislación autonómica*, por lo general no requiere delimitar áreas de reparto, ni fijar aprovechamiento tipo o medio *en suelo urbano consolidado*, sino que establece el derecho del propietario de una parcela a materializar en ella el aprovechamiento urbanístico fijado por el plan (por lo que el aprovechamiento “subjetivo” del propietario coincide con el aprovechamiento “objetivo” atribuido por el plan); a excepción de Castilla-La Mancha y de la CA Valenciana, cuya legislación está inspirada en el modelo de las TAU (así, en el art. 73 de la Ley castellano-manchega, Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre; y los arts. 55.2, c y d, y 56.4 de la Ley valenciana 16/2005, de 30 de diciembre).

Sobre las TAU, o “transferencias de aprovechamiento urbanístico”, se han publicado múltiples monografías y estudios en la doctrina civil y en la administrativista, entre los que en la primera pueden consultarse, entre otros, los de LASO MARTÍNEZ, J. L. y LASO BAEZA, V.: *El aprovechamiento urbanístico* (Capítulo IX), Edit. Marcial Pons y Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, 1995, pág. 193 y ss. NÚÑEZ LAGOS, F.: “El aprovechamiento urbanístico y su transferencia”, en *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, pág. 99 a 153. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Edit. Montecorvo, 1995. Y en la doctrina iusadministrativista, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Manual de Derecho Urbanístico*, Edit. La Ley-EC, 22ª edición, 2011; MERELO ABELA, J.M.: “Las transferencias de aprovechamiento urbanístico”, en *Administración Local. Estudios en Homenaje a A. Ballesteros*, Edit. La Ley-EC, 2011 (pág. 1283 y ss); BAÑO LEÓN, J.Mª: *Derecho Urbanístico Común*, Edit. Iustel, 2009 (pág. 246 a 256), que constata la decadencia del modelo de las TAU (pág. 255), bien visible hoy, por lo demás, en la vigente legislación urbanística autonómica, si exceptuamos las referidas normativas castellano-manchega y valenciana.

Comunidades Autónomas inspiradas en dicha legislación estatal del suelo, sea escasa.

Otro tipo de actuaciones se realizan en el suelo urbano, pero con objeto y finalidad diferentes, como son los de rehabilitación edificatoria, regeneración urbana, a los cuales el legislador ha prestado recientemente especial atención²⁶⁵.

La dificultad práctica –apuntada- de aplicar la exigencia de equidistribuir el “beneficio” o utilidad que supone el aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano consolidado por la edificación, como sucede en el casco antiguo tradicional de las ciudades, ligada esta realidad fáctica a la situación de déficit de dotaciones públicas en no pocas de ellas, fueron pues las circunstancias que determinaron y justificaron fundamentalmente la preocupación del legislador de 1990-92 por solucionar este problema sin coste para la Administración, al regular las TAUs. El limitado ámbito de aplicación en la actualidad de esta técnica a “actuaciones aisladas” –no sistemáticas- en suelo urbano consolidado, unido al fracaso que en la práctica han tenido las TAUs, son pese a ello circunstancias que, si no eximen de hacer aquí una referencia -específicamente a la transmisión entre propietarios- y a su régimen jurídico, cuando menos justifican el limitar su atención a los aspectos privatísticos.

1. Antecedentes

Los antecedentes de esta técnica de transferencia de aprovechamiento se hallan en la legislación urbanística estatal, a partir de 1977 y, por ende, bajo la vigencia del TR de la Ley del Suelo de 1976, cuyo artículo 124 admitía como fórmula jurídica para la distribución de beneficios (el aprovechamiento urbanístico, básicamente) y cargas del planeamiento, la que “libremente convengan los propietarios”, y que el Reglamento de Gestión Urbanística (1978) completaría al permitir la reparcelación voluntaria en unidades de actuación discontinuas, en suelo urbano, con el límite de que se cumpliera el plan urbanístico y no se irrogase perjuicio a terceros propietarios (art. 78.3); sobre cuya base y fundamento legal la técnica ya fue formulada entonces e incluso recogida en el planeamiento urbanístico de determinados municipios²⁶⁶.

²⁶⁵ Ha de reseñarse aquí la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación de edificios, regeneración y renovación urbanas, que contiene la regulación de otras actuaciones en el medio urbano (Título II), que aunque no tienen por objeto transferencias de aprovechamiento urbanístico, regulan determinados tipos de contratos, para facilitar la financiación de dichas actuaciones: así, la cesión ...

²⁶⁶ La formulación técnica de las TAUs fue realizada por GARCÍA BELLIDO, J. y ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, L.M., en su estudio “Transferencia del aprovechamiento urbanístico: fundamentación jurídica de una nueva técnica de gestión”, en la *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 65 (1979), y aplicada en el planeamiento urbanístico general aprobado por el municipio alicantino de Ibi y en el de Pretel. Impugnada la aplicación de esta técnica, la STS de 20 de junio de 1981, que resolvió la apelación contra la sentencia de Ibi, admitió la legalidad del sistema

Será después, en 1990, cuando la reforma de la citada Ley del Suelo regula las transferencias de aprovechamiento en suelo urbano “cuando no se actúe a través de unidades de ejecución” (actuaciones “asistemáticas”), cuya regulación el TR de 1992 recogería y sistematizaría en el capítulo III de su título IV (arts. 185 a 198, en conexión en el aspecto registral civil con el art. 307.5). Según el mecanismo, a aplicar en dicho supuesto legal y al que antes se ha hecho referencia –en la nota 264–, en caso de que el aprovechamiento urbanístico de una finca o parcela fijado por el plan fuese superior al aprovechamiento “tipo” o promedio del área de reparto del suelo urbano, era preciso que el propietario adquiriera la parte de aprovechamiento o edificabilidad que le faltaba para que pudiera obtener licencia de edificación; adquisición que podía realizarse mediante acuerdo de cesión con otro propietario de terrenos en situación inversa, es decir, a cuyo terreno o parcela el plan urbanístico asignare un aprovechamiento inferior o nulo (en este caso, por destinarse a un uso dotacional público, pongamos por caso a vial o zona verde), pero que no obstante también tenía derecho patrimonial al aprovechamiento “tipo”, promedio del área de reparto (que constituía su aprovechamiento subjetivo o patrimonializable).

Este era, en síntesis, el mecanismo legal, que generaría, pues, un tráfico jurídico de aprovechamientos urbanísticos, un “mercado privado de aprovechamientos”, aunque intervenido por la Administración pública, cuyo control realizaba ésta por vía de licencia para edificar, así como eventualmente mediante la “imposición coactiva de la transferencia”, en el caso de que solicitada la licencia no se acreditase la adquisición del aprovechamiento preciso. La creación de un registro administrativo de TAUs completaba el esquema legal, y a cuya inscripción administrativa incluso venía legalmente condicionada la ulterior inscripción en el Registro de la Propiedad. La falta del registro administrativo de transferencias, creado sólo por algunos municipios, unida a la sentencia constitucional 61/1997, declarando nula por inconstitucional (falta de competencia estatal en materia urbanística y, por ende, para regular las TAUs) la regulación legal de 1990-1992, unida a la

basándose en la capacidad del plan para delimitar el contenido normal de la propiedad urbana, admitiendo la disociación entre el dominio del suelo y el *ius aedificandi*, y en función de las amplias facultades que atribuye al planeamiento el art. 3 del Texto Refundido de 1976, en orden a la fijación de zonas, distribución de cargas e intervención en el ejercicio de las facultades dominicales. La sentencia citaba otros preceptos de aquella Ley, como el 97.2 sobre el objeto de la reparcelación, el 117.3, sobre la posibilidad de unidades de actuación en suelo urbano distintas de los polígonos, el 124, sobre actuación libremente convenida (por no vulnerar el art. 117 de la propia Ley al incluir en las unidades de equidistribución los terrenos de cesión obligatoria), y el art. 78 RGU sobre unidades de actuación discontinuas. La STS 4 de mayo de 1982 ratificó la de instancia anterior (*vid.* MEDINA DE LEMUS, M.: *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Centro de Estudios Registrales, 1995, pág. 296).

doctrina del propio Tribunal Constitucional (s. 164/2001, sobre la Ley 6/1998), prohibiendo la cesión de excedentes de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano consolidado, vinieron así a impedir en definitiva la finalidad y principal incentivo de dicha técnica, que no era otro en la práctica que obtener –por cesión gratuita- la Administración, en suelo urbano, terrenos dotacionales. De aquí, en definitiva, y como ha constatado la doctrina, la actual “decadencia” y el “fracaso” de las TAUs²⁶⁷. No es de extrañar por ello que la mayor parte de las leyes urbanísticas autonómicas simplemente no la regulen.

Pese a ello, parece conveniente aludir a los supuestos que incluye, con referencia a la legislación autonómica.

2. Escasa regulación de las TAUs en la legislación autonómica: Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana

En suelo urbano consolidado, por lo general, y dado su grado de “consolidación” por hallarse los terrenos ya edificados y normalmente urbanizados, la legislación urbanística autonómica no requiere en principio la delimitación de “áreas de reparto” ni de ámbitos o unidades de ejecución a efectos reparcelatorios, sino que se limita a reconocer y determinar, en cuanto al aprovechamiento urbanístico, la edificabilidad y usos preexistentes al plan y materializados legalmente en cada parcela. Excepcionalmente, la inclusión en suelo urbano consolidado y concretamente en parte de su superficie de terrenos no edificados ni urbanizados, determina la delimitación de ámbitos o unidades de ejecución –incluso discontinuas- a efecto de urbanizar aquéllos e incluso de repartir la edificabilidad en “áreas urbanas homogéneas” (así, en la Región de Murcia, según se ha señalado en el Capítulo precedente).

En determinadas Comunidades Autónomas, como las de Castilla-La Mancha y la Valenciana, sin embargo, se prevé la delimitación en dicha clase de suelo de “áreas de reparto”, en determinadas actuaciones (de reforma interior, actuaciones aisladas e incluso en actuaciones urbanísticas en una parcela o solar). Así:

- En *Castilla-La Mancha*, su legislación urbanística (TR aprobado por Decreto Legislativo 1/2004) admite la posibilidad de delimitar “áreas de reparto” en suelo urbano consolidado en el supuesto excepcional de

²⁶⁷ Así, en la doctrina civilista, CARRASCO PERERA, A., se refiere al “inmenso fracaso” del “mercado privado de aprovechamientos” que parecía querer constituir el TRLS/92 y que “con tanta fantasía registral elabora el RD 1093/1997, ya que la Administración es la que, por técnicas de Derecho público, expropia y vende coactivamente aprovechamientos urbanísticos” [...]. (*Relaciones Civiles con Contenido Urbanístico*, Edit. Aranzadi, 1999 (pág. 146 y s). A la “decadencia” de las TAUs se refiere, en la doctrina administrativista, BAÑO LEÓN, J. M^a, en *Derecho urbanístico común ...* (pág. 255 y s).

operaciones de reforma interior²⁶⁸. Por lo demás, en suelo urbano consolidado no procede la delimitación de área de reparto, constituyendo cada solar el ámbito espacial de atribución del aprovechamiento urbanístico (art. 70.3 TR cit.).

- Y en la *Comunidad Valenciana*, respecto del suelo urbano consolidado (que incluye los “solares”, las “manzanas o unidades urbanas equivalentes” y urbanizadas, o bien sujetas a actuaciones aisladas, así como las edificadas conforme al plan en más de la mitad de su superficie: art. 10.1 y 2 de la Ley autonómica 16/2005), se prevé, en defecto de previsión expresa del plan urbanístico, la posibilidad de delimitación de áreas de reparto uniparcelarias²⁶⁹, constituida por una parcela de terreno privada junto con el terreno dotacional colindante, que haga posible la equidistribución de éste y una cierta gestión y transferencia del aprovechamiento urbanístico en actuaciones aisladas.

V. INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO ENTRE PARTICULARES MEDIANTE CONTRATO

Se trate de edificabilidad o aprovechamiento urbanístico normalmente integrado como facultad en el derecho de propiedad de una parcela de terreno, o bien de un derecho autónomo de aprovechamiento urbanístico, en cualquier caso parece indudable que su transferencia para materializarlo en otro terreno es un acto de disposición del propietario o del titular del derecho de aprovechamiento, por el cual se cede o transmite, total o parcialmente, una facultad o un derecho real inmobiliario²⁷⁰. Ante la cuestión de si, en los

²⁶⁸ Art. 70.2, en conexión con el art. 45.3,A), que remite por analogía a la delimitación de “áreas de reparto” en suelo urbanizable; pero sin que en este caso sea obligada la adscripción a dichas áreas de sistemas generales. El Reglamento de Planeamiento castellano-manchego pone como límite el de que “la diferencia de aprovechamiento tipo entre las unidades [de actuación] para las que el planeamiento haya previsto un mismo uso global o pormenorizado mayoritario no deberá exceder del 15%” (art. 32.1). *Vid.* al respecto, SANTOS DÍEZ, R., en *Derecho Urbanístico de Castilla-La Mancha* (dir. E. Sánchez Goyanes), Edit. La Ley-EC, 2011 (págs. 397 a 400).

²⁶⁹ El art. 55.2, c) de la Ley valenciana 16/2005, de 30 de diciembre, establece que “en suelo urbano consolidado, en defecto de previsión expresa del Plan, integrará el área de reparto cada solar, o en su caso, cada parcela de destino privado, junto con el suelo dotacional colindante que le confiere la condición de solar o que sea preciso para dotarle de ella mediante su urbanización. Cuando la citada urbanización fuera común a varios solares o parcelas, la superficie de suelo dotacional colindante requerida para entender delimitada el área de reparto será la que, siendo más próxima a dichos solares o parcelas, les corresponda a cada uno de ellos, en proporción a su respectivo aprovechamiento objetivo”. (*Vid.* SANTOS DÍEZ, R., en *Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*, dir. E. Sánchez Goyanes, Edit. La Ley-EC, 2006, págs. 824 a 827).

²⁷⁰ Sobre la conceptualización del derecho de aprovechamiento urbanístico como un derecho real inmobiliario, *vid.* “El acceso al Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico”, de ARNAIZ EGUREN, R.: *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*,

supuestos que se han considerado, se está ante un acto de administración o ante un acto de disposición adoptado por el propietario o titular del derecho, la doctrina afirma esta última posición²⁷¹. En consecuencia, en los supuestos de transmisión o cesión de estos aprovechamientos *inter privatos*, el régimen aplicable al ejercicio por el propietario o el titular del derecho real limitado al aprovechamiento, ha de ser, en principio, el establecido por el Código Civil para la enajenación de bienes inmuebles.

Por lo pronto, la transferencia *inter vivos* ha de instrumentar el acuerdo de voluntades del cedente y del adquirente sobre su objeto, el aprovechamiento, por lo que ha de hacerse mediante contrato idóneo al efecto (venta, permuta, donación), a voluntad de las partes contratantes; y el contrato habrá de reunir los requisitos esenciales para la validez de la transmisión (art. 1261 CC); lo que en general requiere que las personas que lo celebren tengan la capacidad exigida legalmente para prestar su consentimiento (art. 1262 a 1270 CC), que el contrato tenga un objeto cierto que sea posible, lícito y determinado (arts. 1271 a 1273 CC), y que tenga como fundamento una causa lícita (art. 1274 a 1277 CC); así como los requisitos de forma exigidos por la Ley (art. 1280.1º y concordantes).

Veamos la concurrencia de estos requisitos que ha de cumplir el *contrato traslativo del derecho real inmobiliario y que tiene por objeto la transmisión de aprovechamiento urbanístico*²⁷².

Colegio de Registradores-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991 (pág. 229). Opinión matizada por LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M. al acudir, por vía analógica al respecto, a las normas reguladoras de la cesión de derechos de crédito o de la reparcelación, para determinar las más adecuadas para resolver los delicados conflictos que del tráfico jurídico de aprovechamientos urbanísticos pueden derivarse (*ob. cit.* "El contrato ...", pág. 261).

²⁷¹ Así, tempranamente TORRES LANA, J. A., en *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Ed. Universidad de Navarra, 1975, pág. 206 a 209, considera que la enajenación de volumen edificable constituye un acto típico de disposición. Enajenación o transmisión de aprovechamiento *inter privatos*, mediante contrato o acuerdo entre particulares, que tiene lugar en el ámbito jurídico civil. Asimismo, en este sentido, con especial referencia a las TAUs, JIMÉNEZ LINARES, M^a J.: *El derecho al aprovechamiento urbanístico*, Edit. Aranzadi, 1997 (pág. 209) y doctrina allí citada; y MEDINA DE LEMUS, M., en *La propiedad privada* (pág. 301), que también considera respecto a las TAUs entre particulares, que constituyen un negocio jurídico privado.

²⁷² Que *presupone* la adquisición –originaria– del aprovechamiento urbanístico (por disposición de la ley, art. 609 CC, esto es por la ordenación urbanística: ley y plan que asigna al suelo urbano o urbanizable tal aprovechamiento). En caso de transmisión de aprovechamiento urbanístico, mediante contrato, se produce correlativamente una adquisición derivativa-traslativa, utilizando terminología de ALBALADEJO, en su *Derecho Civil*, II, 1996 (pág. 23). Se plantea en este supuesto la tradicional cuestión del título y el modo, puesto que el citado precepto del CC vincula la adquisición de un bien en virtud de contrato a la tradición o entrega, o toma de posesión de la cosa, que en el caso de transferencia de derecho de aprovechamiento urbanístico no es una cosa corporal o material, sino inmaterial. Pese a esto, y como se considera más adelante, en este caso la forma que adopta la *traditio* vendrá vinculada al otorgamiento de

1. Elemento subjetivo: capacidad del transmitente para enajenar el derecho al aprovechamiento urbanístico

El carácter del aprovechamiento urbanístico como derecho real inmobiliario determina la exigencia de reconocer capacidad para enajenarlo o transmitirlo al mayor de edad que no esté incapacitado judicialmente; capacidad que se presume *iuris tantum* (s. TS de 10 de febrero de 1986). En cuanto a los menores de edad, en caso de que el transmitente esté emancipado y por ello actúe en su propio nombre, necesita del consentimiento de sus padres o curador (art. 323 CC), mientras que si no está emancipado se requiere de asistencia de su representante legal, previa autorización judicial (conforme a los arts. 166, pfo 1, y 271,2º CC). Y las personas jurídicas gozan de capacidad general para contraer obligaciones contractuales, conforme a las leyes y reglas de constitución (art. 38 CC)²⁷³.

Las partes han de tener, así pues, la capacidad necesaria para celebrar el contrato traslativo de bienes inmuebles, que de modo general tiene toda persona a quien el ordenamiento civil permite obligarse (arg. art. 1457 CC), sin perjuicio de las especialidades y de las salvedades que el propio ordenamiento establece. Así, entre estas especialidades, se hallan las que se establecen en el régimen de los bienes gananciales y como prohibiciones las que el CC establece en su artículo 1459 y concordantes²⁷⁴.

El derecho de aprovechamiento puede tener indudablemente carácter de bien ganancial, y tendrá este carácter, en el supuesto de que se haya adquirido – originaria o derivativamente- en virtud del “trabajo o la industria de cualquiera

escritura pública, cuyo otorgamiento equivaldría a la *traditio*, conforme al art. 1462, pfo 2, CC, al que remite su artículo 1464, respecto de los bienes incorporeales: se trata así de una *traditio* instrumental o inmaterial; así como *a fortiori* la inscripción del contrato traslativo así formalizado, del derecho real inmobiliario de que se trata, en el Registro de la Propiedad; inscripción registral que, además y conforme a la Ley Hipotecaria (art. 38), presume la posesión del dominio de los inmuebles o derechos reales inscritos, lo que hace presumir, pues, que la *traditio* se ha cumplido. En contra de la aplicabilidad de la teoría del título y del modo, a las transferencias de aprovechamiento urbanístico entre particulares, LÓPEZ FERNÁNDEZ (*ob. cit.* “El contrato ...”, págs. 363 a 366). Sobre la teoría del título y modo y, en especial, sobre la *traditio*, *vid.* la exposición hecha, de modo general, por DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., en su *Sistema de Derecho Civil*, Edit. Tecnos, 7ª edición, vol. III (págs. 59 a 66).

²⁷³ Sobre la capacidad para contratar, remitimos en general a la exposición hecha por CARRASCO PERERA, A., en *Derecho de Contratos*, Edit. Aranzadi-Thomson, 2010, pág. 148 y ss.

²⁷⁴ Al régimen de comunidad de bienes que implica, transitoriamente, la reparcelación de terrenos en proceso de urbanización y las cuestiones que plantea en caso de transferencia de aprovechamiento urbanístico en proceso de determinación (*in fieri*) y distribución entre los propietarios de suelo de un determinado polígono o unidad de ejecución, ya se ha hecho referencia en este capítulo (apartado III).

de los cónyuges” (art. 1347,1º CC), como sucede pongamos por caso en el de que cualquiera de éstos se dedique a la construcción; así como en el supuesto de que el derecho de aprovechamiento se haya adquirido a título oneroso empleando fondos del caudal común, bien se haga para la comunidad o bien para uno de los esposos (art. 1347, 3º CC). En caso de bienes adquiridos a título oneroso, pero cuyo precio o contraprestación sea en parte ganancial y en parte privativo, el artículo 1354 del CC establece que “corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”; y el artículo 1355 del propio Código determina que los cónyuges, de común acuerdo, podrán atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciera de forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes, por lo que en definitiva dependerá también el carácter de ganancial de un bien, de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la sociedad de gananciales²⁷⁵.

Ni que decir tiene que en el caso de que, según este régimen civil, el aprovechamiento urbanístico tenga el carácter de bien ganancial se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para adoptar el acto de disposición sobre el aprovechamiento (art. 1377 CC, en conexión con el 71 del propio CC y el 93 del Reglamento Hipotecario, sobre inscripción de actos de disposición a título oneroso de gananciales).

2. Determinación del aprovechamiento urbanístico objeto de enajenación

De otra parte, respecto al aprovechamiento, se trata de un objeto inmobiliario especial, dada su incorporalidad; como materia objeto del contrato,

²⁷⁵ Sobre la titularidad del derecho al aprovechamiento urbanístico en el régimen de gananciales, JIMÉNEZ LINARES, M^a J., *El derecho de ...* (pág. 191 y ss), donde también se refiere a los frutos y a las mejoras –a que respectivamente aluden los arts. 1347, pfo 2, y 1359 CC-, en los cuales no puede comprenderse el concepto de aprovechamiento urbanístico (pág. 193 y s).

Respecto a la distinción de actos de disposición y actos de administración en la sociedad de gananciales y con referencia al aprovechamiento urbanístico, dicen LASO MARTÍNEZ, J. L. y LASO BAEZA, V. en *El aprovechamiento urbanístico ...* (pág. 199), que “aunque la mera distribución de aprovechamiento entre distintos bienes sujetos a un mismo régimen jurídico y pertenecientes al mismo titular y por el mismo título, si éste es individual, puede ser considerado como acto de mera administración, si está sometido a un régimen de titularidad compartida no parece posible considerar el acto del mismo modo, ya que realmente es un acto de dominio al dar carácter definitivo a la cualidad de un bien respecto de otro, ya que si está generado el aprovechamiento por un bien ganancial o en régimen de comunidad y se proyecta sobre otro privativo, que es en el que se va a materializar, ya no existe un mismo régimen jurídico para los dos, por lo que, en tales casos, realmente es un acto de disposición por su irreversibilidad”.

aunque sea un bien incorporal, ha de reunir, pues, los requisitos generales de licitud, posibilidad y determinación (arts. 1261,2º y 1271 a 1273 CC)²⁷⁶.

El cumplimiento del primer requisito supone que dicho aprovechamiento no esté fuera del tráfico jurídico o “comercio de los hombres” y que se haya adquirido por el transmitente conforme a la legalidad (cfr. art. 1271 CC). Conforme a la legislación urbanística a que con anterioridad se ha hecho referencia, hay que deducir que el aprovechamiento urbanístico asignado por la ordenación legal y administrativa (plan urbanístico) y adquirido conforme a ella, es un bien susceptible de transmisión por vía de contrato, con la posibilidad de materializarlo no ya en la propia parcela (como sucede en los supuestos del derecho de superficie y de vuelo), sino también para poder materializarlo en otra parcela (como típicamente sucede en el supuesto de las TAUs). Lógicamente, sólo podrán transmitirse aprovechamientos que no se hayan consumido o materializado, por la ejecución de la edificación o construcción en la parcela o terreno de origen o procedencia, en cuyo caso se estaría excediendo la normativa urbanística sobre edificabilidad del suelo, según la cual habrá de materializarse en parcela edificable en función del correspondiente aprovechamiento o volumen de edificabilidad, que sólo en caso de que sea excesivo respecto del que pueda ser construido o edificado en ella podría ser transferido, dentro del respectivo ámbito urbanístico (área, sector, polígono o unidad de ejecución), como se ha señalado.

Y por lo que se refiere a la exigencia de *determinación* del aprovechamiento urbanístico objeto del contrato de transferencia, supone la concreta fijación del mismo no solo en el espacio físico –tanto respecto de la parcela de procedencia como de la parcela edificable donde se proyecte materializarlo y a la que quede, en consecuencia vinculado²⁷⁷, sino también con referencia al *quantum* de su edificabilidad -o volumen edificable-²⁷⁸, ponderada por el uso y la tipología

²⁷⁶ En general, sobre el objeto del contrato en el sistema de Derecho privado, *vid.* en nuestra doctrina civilista más reciente, CARRASCO PERERA, A., en *Derecho de contratos ...*, página 235 y ss. Asimismo, SAN JULIÁN PUIG: *El objeto del contrato*, Edit. Aranzadi, 1996.

²⁷⁷ La concreción física supone la localización del aprovechamiento en una determinada parcela a la que va a quedar vinculado en la medida marcada por el aprovechamiento real [fijado por el plan] (JIMÉNEZ LINARES, M^a J., *El derecho de aprovechamiento ...*, pág. 167).

²⁷⁸ A este respecto, considera LASO MARTÍNEZ que la cuantificación del aprovechamiento es condición connatural a la transferencia, ya que de la comparación entre los aprovechamientos permitidos y los apropiables saldrá necesariamente un objeto cuya cuantía es verificable en unidades de cuenta en función del planeamiento aplicable. Por tanto, el objeto nunca puede ser indeterminado en su dimensión cuantitativa, aunque a él vaya ligado un *status* jurídico dimanante de la relación jurídica subyacente en el bien del que procede. Las unidades de aprovechamiento deberán estar por eso siempre determinadas en el acto jurídico de transferencia o distribución y su expresión numérica se reflejará en el Registro también (LASO MARTÍNEZ, J. L. y LASO BAEZA, V.: *El aprovechamiento urbanístico*, cit., pág. 201). El aprovechamiento urbanístico se expresa en unidades perfectamente mensurables cuya cuantía

edificatoria característicos, cuya homogeneización dentro de una determinada área de suelo urbano o urbanizable, supone lógicamente que la transferencia de determinado aprovechamiento habrá de producirse dentro de su ámbito correspondiente en el cual el propio aprovechamiento, en razón de su homogeneidad (aspecto cualitativo), ha de ser compatible con los demás usos para poder materializarse o construirse en la parcela a que venga vinculado.

3. Referencia a la causa del contrato de transferencia o enajenación de aprovechamiento urbanístico

No parece oportuno entrar aquí en el debate jurídico relativo a la significación de la causa en los contratos. Esta es un requisito esencial para la validez de los contratos, en general (art. 1261, 3º CC), y que el propio CC define en su artículo 1274, atendiendo a la finalidad que las partes persiguen al contratar, y presumiéndose *iuris tantum* su existencia y licitud, aunque no se exprese en el contrato (art. 1277). Aun cuando hay un componente psicológico en cada una de las partes, que les mueve a satisfacer su respectivo y contrapuesto interés, es decir, un “motivo” subjetivo determinante de su voluntad, sin embargo, la causa en sentido jurídico –objetivo, como “causa de la obligación” (art. 1261.3º CC), en nuestro ordenamiento civil tiene una significación típica, según la clase o tipo de contrato (art. 1274 CC)-, que alude más bien a la finalidad concreta y efecto práctico perseguido por cada una de las partes contratantes, como resultado del contrato²⁷⁹.

se obtiene mediante el método de multiplicar la superficie de la parcela considerada por el aprovechamiento tipo [o medio] correspondiente al área de reparto en que está situada y por el porcentaje 0,85 [ó 0,90], que delimita el derecho del propietario de la carga de cesión a la Administración del 0,15 [ó 0,10] según la legislación urbanística (LÓPEZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.* pág. 377), dentro de la horquilla que hoy establece la LS-TR de 2008 (art. 16.1,b), que vincula a la legislación autonómica.

²⁷⁹ A la distinción entre causa y motivos se ha referido tradicionalmente la jurisprudencia del TS, que ha afirmado la irrelevancia de éstos, a no ser “que las partes los incorporen al negocio como una cláusula o condición”, teniendo así relevancia jurídica: “motivos causalizados” (SS. de 1 de abril de 1998; 8 de abril de 1992; 6 de junio de 2002, 21 de julio de 2003, etc.).

Vid. las interesantes consideraciones que, respecto a la causa en los contratos, hace DE COSSÍO, A., en sus *Instituciones de Derecho Civil*, I (pág. 266 y ss), Edit. Alianza, 1975. Asimismo, DÍEZ PICAZO, L., al tratar de la causa en el contrato –uno de los conceptos “más oscuros, confusos y difíciles de aprehender”-, dice que “lo que está empeñado no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica” (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Edit. Cívitas, 2007, pág. 255). En nuestra doctrina civilista, ha de resaltarse el tratamiento monográfico de la temática relativa a la causa hecho por CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H., en *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, 1998; donde, tras examinarse su concepto –conforme a los arts. 1261.3º, 1274 y 1275 CC-, examina su problemática en el régimen general del contrato, con referencia a las irregularidades atinentes a la causa, la causa ilícita, a los negocios simulados y a los fraudulentos, y la presunción de licitud de la causa. Y

Pues bien, bajo estos presupuestos jurídicos, la causa del contrato de enajenación o transferencia de aprovechamiento urbanístico *inter privatos* vendría a ser, normalmente, para el adquirente del aprovechamiento, poder materializar éste mediante la ejecución de un edificio o construcción en que, por ejemplo, el supuesto de hecho legalmente previsto, requiera o exija completar el aprovechamiento fijado por el plan urbanístico al efecto; a cambio de la correlativa contraprestación, a favor del transmitente (vendedor) de dicho aprovechamiento, equivalente al valor de éste, mediante el pago de una determinada cantidad de dinero, pongamos por caso; o mediante permuta entre propietarios de terrenos o parcelas en los que su aprovechamiento urbanístico se halle en situación inversa (por ejemplo, una con exceso de aprovechamiento urbanístico y otra con aprovechamiento inferior al patrimonializado como derecho respecto al aprovechamiento permitido por el plan urbanístico). La causa del negocio jurídico operaría así como la finalidad jurídica que cada una de las partes contratantes se proponga conseguir, o dicho en términos aristotélicos, ésta constituiría la “causa final” que de modo eficiente daría lugar al propósito que cada una de las partes de la relación pretenda al celebrar el contrato, como resultado o efecto práctico.

En un plano y supuesto diferente se sitúa el de la licitud de la causa: El CC parece distinguir (en su art. 1275) a este respecto entre la falta o inexistencia de causa del contrato (“contratos sin causa”) y contratos “con causa ilícita”²⁸⁰,

respecto a la función de la causa en el sistema de Derecho privado contractual, CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de Contratos*, Edit. Aranzadi, 2010, pág. 155 y ss.

Sobre el elemento causal y el análisis de las cuestiones que plantea, véase asimismo el interesante estudio del profesor MORALES MORENO, A.M., “Claves de la modernización del Derecho de obligaciones”, conferencia pronunciada en el 11º Congreso Notarial Español, sobre la “Autonomía de la voluntad en el Derecho Patrimonial” (Valencia, noviembre de 2011), cuyo texto ha sido publicado en el *Diario La Ley* el 29 de diciembre de 2011 (págs. 8 y ss), donde tras citar la opinión de F. DE CASTRO (recogida en su obra sobre *El Negocio Jurídico*, parágrafo 214) de que lo que importa ciertamente es saber el carácter jurídico o valor que para el Derecho tiene aquello que en cada caso se pretenda conseguir ejercitando la autonomía de la voluntad [...] llamémoslo como queramos; porque cuando hablamos de causa estamos ateniéndonos a los supuestos de hecho para la aplicación de las normas que tiene nuestro Código. Y al respecto, el profesor MORALES considera que, según el CC, todo es sencillo (citando el precepto del art. 1088 del CC sobre los tipos de prestación objeto de las obligaciones), “pero los complejos contratos que hoy se celebran traspasan los límites de este esquema”, y con referencia a los hechos afirma que “la vinculación contractual es una garantía de un resultado, resultado que a veces es la propia conducta del deudor, pero otras veces es un estado de cosas, unos hechos que son los que convienen a la satisfacción del interés del acreedor” (*loc. cit.*, pág. 11).

²⁸⁰ En el caso de contrato sin causa, en rigor no habrá contrato (no hay contrato si no hay causa), pero si hay una causa ilícita habrá contrato aunque éste sea nulo, por ser contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres (aunque la ilicitud o ilegalidad puede manifestarse no solo respecto de la causa, sino también de otros elementos esenciales del contrato, objeto, etc.). *Vid.* DE COSSÍO, *Instituciones cit.*, pág. 268 y s. La nulidad del contrato que produce la carencia o ilicitud de la causa, dadas las funciones que a éste se atribuye en nuestro

aunque en cualquier caso “no producen efecto alguno”, establece el precepto legal citado. La presunción jurídica de que parte nuestro CC, respecto a la existencia de la causa, aunque no se exprese en el contrato, incluye la de su licitud (art. 1271), por lo que la carga de probar su ilicitud o ilegalidad recaerá en la parte contratante que alegue que es ilícita.

4. Título formal de la transferencia de aprovechamiento

El contrato de enajenación, en cuanto tiene por objeto la transmisión de un derecho real inmobiliario, para su inscripción en el Registro de la Propiedad ha de formalizarse en escritura pública (art. 2,1º y 2º de la Ley Hipotecaria y art. 51.1, e, de la LS-TR de 2008 -modificado por el RD-Ley 8/2011, de 1 de julio-, y arts. 2.1 y 33.1 RD 1093/1997). El concepto de “acto” que utiliza el precepto de la Ley del Suelo respecto al supuesto de transferencia del aprovechamiento urbanístico, incluye indudablemente la figura contractual, aunque su mayor amplitud conceptual permite incluir asimismo otros tipos de actos jurídicos, incluso administrativos, como el de aprobación administrativa del proyecto de reparcelación, proyecto éste de equidistribución que también –normalmente y como presupuesto de la transferencia de aprovechamiento, como se ha visto antes, precede a las actuaciones urbanísticas sistemáticas y, en su caso, en las asistemáticas-, puede ser formalizado mediante documento o certificación administrativa, de modo alternativo a la escritura pública, según la legislación urbanística²⁸¹, especialmente en supuestos de transferencias voluntarias de aprovechamiento entre fincas o terrenos en proceso de urbanización mediante sistemas de actuación urbanística que comporte su reparcelación (supuesto a que se ha hecho antes referencia, en el epígrafe III de este Capítulo).

Ahora bien, en cualquier caso, siendo necesaria la escritura pública para formalizar el *contrato* de enajenación de aprovechamiento entre particulares, en

ordenamiento, determina que no se pueda limitar al deudor la legitimación para invocarla, posibilidad que también se extiende a terceros interesados (véase, al respecto, el estudio de MORALES MORENO, A.M., “Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, Comunicación presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 11 de abril de 2011, en *Anales* de la propia Real Academia, 2011, pág. 466. *Vid.* asimismo sobre la cuestión, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H., *cit.* en *La causa ...*, donde se analizan distintas irregularidades relativas a la causa (pág. 139), la causa ilícita (167) y la simulación de la causa (197), así como la presunción de existencia de la causa lícita (228).

²⁸¹ Así, la LS de la Región de Murcia, TR de 2005, establece que: “Una vez firme en vía administrativa la aprobación definitiva de la reparcelación, se procederá a otorgar documento público con las formalidades necesarias para su inscripción registral, de acuerdo con la normativa estatal” (art. 177.2). El concepto de “documento público” incluye, obviamente, el de la escritura pública, pero también el de documento administrativo, como es una certificación municipal de la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación.

el otorgamiento de aquélla deben intervenir los titulares de la finca de origen y de la finca de destino (con sus referencias registrales y cargas), en caso de que pertenezcan a distintos propietarios; intervinientes que han de reunir los requisitos de capacidad necesaria a que anteriormente se ha hecho referencia. En la escritura pública ha de consignarse asimismo, entre otras circunstancias, las relativas al aprovechamiento transmitido: concretamente el “número de unidades de aprovechamiento que corresponde a cada una de las fincas afectadas antes de la transmisión o distribución, especificadas en función de los parámetros sobre edificabilidad y usos que establezca la legislación urbanística aplicable”, así como la “cuantía del aprovechamiento transmitido o distribuido, proporción que se le atribuya en relación al de la finca de destino y cuantía del aprovechamiento a que queda reducida la finca de origen”²⁸²; circunstancias que han de hacerse constar en el Registro de la Propiedad con referencia al título inscribible. Las unidades de aprovechamiento objeto de transmisión ha de producirse entre fincas -la de procedencia u origen y la de destino-, situadas en el mismo ámbito de reparto y actuación urbanística²⁸³.

La legislación urbanística estatal precedente (LS/92, arts. 197 y 198) exigía, como se ha indicado, que, previamente a la inscripción registral, debía inscribirse en un Registro de Transferencias de Aprovechamientos, de carácter administrativo -concretamente, municipal-, los acuerdos de cesión o transmisión -TAU- celebrados entre particulares (además de los celebrados entre éstos y la Administración); exigencia que mantiene la vigente legislación urbanística de algunas Comunidades Autónomas, como Andalucía (art. 65 de su Ley 7/2002). La falta de creación del referido Registro administrativo, aún siendo éste preceptivo legalmente, ha determinado que otras Comunidades Autónomas, hayan sustituido esa exigencia por la de aprobación administrativa: así la de Castilla-La Mancha requiere aprobación municipal, a propuesta de los interesados relativa a la transferencia de aprovechamiento (art. 73.2 de la Ley 1/2004), lo mismo que la de Extremadura (art. 36.2 de su Ley 15/2001) y la de la Valenciana (arts. 185.2 de su Ley 16/2005). Sin perjuicio, en cualquier caso, de la licencia de obras municipal, legitimadora del ejercicio del *ius aedificandi*, y que supone la adquisición previa del aprovechamiento urbanístico transmitido al interesado para su aplicación a la finca de destino.

²⁸² Art. 34.1 y 2 del RD 1093/1997, por el que se aprueban las Normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

²⁸³ Así, LASO MARTÍNEZ, J. L., que mantiene la tesis de que no pueden transferirse unidades de aprovechamiento para terrenos situados fuera del ámbito y que no pueden disponerse de ellas para su acumulación a título personal por quien no sea propietario y en el momento de llevar a cabo la edificación (*Derecho urbanístico ...*, pág. 204).

VI. LA INSCRIPCIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO OBJETO DE TRANSFERENCIA VOLUNTARIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La conexión con el Registro de la Propiedad de los actos y, en particular de los contratos, de transferencia de aprovechamiento urbanístico, viene dada por la Ley estatal del Suelo, TR de 2008, que así lo establece en su artículo 51, apartado e (que proviene del TR de la LS/92, art. 307.5), en relación con las normas básicas contenidas en su artículo 54, a que con anterioridad se ha hecho referencia, al tratar de la reparcelación²⁸⁴. Asimismo, en el presente capítulo se ha considerado la diversidad de supuestos que, en términos generales, pueden darse en caso de transferencia de aprovechamiento urbanístico de terrenos o fincas en proceso de urbanización y reparcelación, y las cuestiones que pueden plantearse respecto a ésta, al menos en principio, con referencias asimismo a su inscripción en dicho Registro.

Ahora bien, por lo que se refiere específicamente a la inscripción registral del aprovechamiento urbanístico, en cuanto objeto de actos de transferencia, la doctrina civilista se plantea inicialmente la cuestión relativa a si esta inscripción tiene o no carácter constitutivo. En todo caso, parece indudable que esta inscripción tiene carácter legalmente obligatorio, pero ¿tiene además carácter constitutivo de la eficacia de transferencia? NÚÑEZ LAGOS mantiene que no es necesario que la transferencia de aprovechamientos se inscriba en el Registro de la Propiedad²⁸⁵, por lo que parece deducirse que mantiene que se trata de una inscripción meramente declarativa de un negocio jurídico existente, aunque no esté inscrito en el Registro; posición a la que se opone la mantenida por LASO MARTÍNEZ, para quien tal inscripción tiene valor constitutivo, ya que al afectar – dice- al núcleo de las facultades del derecho de propiedad y a la inoponibilidad frente a terceros de lo no inscrito, sólo así podrá darse certeza a las relaciones jurídicas, pues de no estar inscrita la transferencia los terceros de buena fe no quedarán perjudicados por ellas en los actos sucesivos de transmisión o gravamen de la finca de la que dimana el aprovechamiento²⁸⁶.

²⁸⁴ Capítulo Cuarto, IV.1, apartado C.

²⁸⁵ El aprovechamiento urbanístico y su transferencia”, *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, pág. 134.

²⁸⁶ *El aprovechamiento urbanístico*, cit. *supra*, pág. 196. ARNAIZ EGUREN, R., considera también en este sentido, que al no identificarse el aprovechamiento material previsto por el plan con el que es susceptible de apropiación, sólo mediante la inscripción podrá establecerse un medio seguro de garantizar su contenido, al menos hasta que el aprovechamiento se materialice físicamente (“El aprovechamiento urbanístico. La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y transferencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 629, 1994), y cit. asimismo por LASO MARTÍNEZ, *loc. cit.* (pág. 196). Sobre la publicidad registral del derecho de aprovechamiento urbanístico, JIMÉNEZ LINARES, M^oJ., *ob. cit. supra*, Edit. Aranzadi (pág. 261 y ss,

Por su parte, LÓPEZ FERNÁNDEZ considera que la solución no puede ser unívoca, ya que la inscripción en el Registro de la Propiedad no puede jugar papel alguno –dice- respecto a la estricta transferencia del aprovechamiento urbanístico y que la garantía de la seguridad del tráfico jurídico obtenida mediante la publicidad de dicho Registro se ve debilitada por la creación del Registro Municipal de Transferencias de Aprovechamientos (regulado por la LS-TR de 1992, arts. 197 y 198); si bien matiza el supuesto en que la transferencia implica la modificación física o jurídica de la parcela “transmisora” y de la “receptora”, en cuyo caso el papel del Registro de la Propiedad pasa a primer plano en tanto órgano con la función de garantía del tráfico jurídico inmobiliario.

La inexistencia del referido Registro administrativo en la actual legislación estatal del suelo, según se ha señalado (al haber sido declarados nulos por inconstitucionales los citados preceptos de la LS/92, por la sentencia constitucional 61/1997), ciertamente resta fuerza a la argumentación de esta última posición doctrinal, máxime si se tiene en cuenta que en la actual legislación urbanística autonómica, con la salvedad de Andalucía, no existe por lo general un registro de carácter administrativo de las transferencias de aprovechamientos (TAUs). Recobra, así pues, toda su importancia y trascendencia la garantía jurídica que supone la publicidad del Registro de la Propiedad a este respecto, no sólo en cuanto a las transferencias de aprovechamientos que se producen respecto a los terrenos en proceso de urbanización y reparcelación (en actuaciones urbanísticas “sistemáticas”) sino también respecto de las transferencias voluntarias producidas en actuaciones urbanísticas en suelo urbano consolidado (TAUs en “actuaciones asistemáticas” o aisladas)²⁸⁷.

Las especialidades relativas a la inscripción de los actos de transferencia de aprovechamiento urbanístico requiere considerar, por una parte, las circunstancias que al respecto han de hacerse constar en los asientos registrales (y las cuales han de constar en el correspondiente título), así como por otra parte, los tipos o clases de asientos que han de practicarse en el Registro, esto es, la nota marginal y la inscripción registral. De este modo, el Registro de la

especialmente la pág. 276). El mismo ARNAIZ EGUREN reitera su posición por considerar que el carácter constitutivo de la inscripción de la transferencia de aprovechamiento urbanístico “implica una atribución de derecho de imposible apreciación por la posesión del inmueble, lo que exige la aplicación de un régimen de publicidad registral para su vida jurídica” (*La inscripción registral de actos urbanísticos*, Edit. Marcial Pons, 2001, pág. 303 y s).

²⁸⁷ Así distingue ARNAIZ EGUREN, en su tratamiento de la temática sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad del aprovechamiento urbanístico, en los estudios citados en la nota anterior. Ni que decir tiene que la falta de vigencia de la LS-TR de 1992, según la s. TC 61/1997, obliga a tener en cuenta hoy, en consecuencia, la respectiva legislación urbanística autonómica, según lo dicho.

Propiedad realiza una función de tutela de las situaciones jurídicas generadas como consecuencia del tráfico jurídico del mercado inmobiliario sobre este peculiar objeto que es el derecho de aprovechamiento urbanístico, bajo el principio de publicidad registral.

A) *Tipos de asientos registrales relativos a las transferencias voluntarias de aprovechamiento urbanístico*

La legislación estatal de suelo establece como tipos de asiento a practicar en el Registro de la Propiedad según los supuestos de actos inscribibles en el mismo (art. 51 LS-TR de 2008) los de inscripción, anotación preventiva y nota marginal (art. 53 LS cit.), de los cuales sólo el primero y el último son aplicables al respecto, ya que la anotación preventiva se refiere a supuestos de actos inscribibles mediante la misma que nada tienen que ver con el aprovechamiento urbanístico. Ahora bien, aun cuando según el artículo 53.3 de la Ley estatal de Suelo, los actos de transferencia de aprovechamiento urbanístico han de hacerse constar en el Registro mediante nota marginal, el RD 1093/1997 establece determinados supuestos en que –digamos como salvedad– el aprovechamiento urbanístico ha de *inscribirse* “como finca especial disgregada del suelo y mediante apertura de folio independiente” en los casos que relaciona, de los cuales vienen a colación por ser aplicables a nuestro específico tema:

- el caso de transmisión de aprovechamiento urbanístico efectuado en los sistemas de actuación urbanística privada (actuaciones “sistemáticas”), cuando una cuota de valor de la finca se haga constar en unidades de aprovechamiento y [...] “se transmita por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución [o de reparcelación] correspondiente” (supuesto éste a que antes se ha hecho referencia, en el epígrafe 3,b, de este capítulo).

- Y, en cualquier caso –se trate de actuaciones sistemáticas o “asistemáticas” (éstas en suelo urbano consolidado: TAU)-, cuando la transferencia de aprovechamiento urbanístico tenga lugar entre fincas pertenecientes a distintos titulares, en que la inscripción del aprovechamiento objeto de transmisión “será objeto de inscripción en el folio de la finca a la que el aprovechamiento acrece”, mientras que respecto a la finca de que proceda este aprovechamiento, se ha de hacer constar mediante nota marginal en la última inscripción de dominio de esta finca, conforme establece el artículo 33.2 del RD 1093/1997 citado²⁸⁸. Se distingue, así pues, entre la finca de origen (en la

²⁸⁸ PRETEL SERRANO, J.J., “Aspectos materiales y registrales de la reforma de la Ley del Suelo”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXIII, Edersa, 1993, p. 265, considera respecto a la inscripción, que el aprovechamiento objeto de transmisión supone una modificación del dominio y de los derechos reales existentes sobre una finca determinada (*vid.* en la actualidad los arts. 51,h, y 53.1 LS-TR/2008, según el RD-Ley 8/2011). ARNAIZ EGUREN, R. considera asimismo que la inscripción es el tipo de asiento registral adecuado para reflejar las mutaciones

que el asiento registral a practicar es la *nota marginal*) y la finca de destino, cuyo aprovechamiento se incrementa por la transferencia (en la cual ha de practicarse la *inscripción*).

Fuera de estos supuestos opera, pues, como regla general, el artículo 53.3 de la LS-TR de 2008, y según el cual los actos de transferencia de aprovechamiento urbanístico han de hacerse constar mediante nota marginal en la inscripción de dominio.

B) *Circunstancias que han de hacerse constar en los asientos registrales en supuestos de transmisión interparcelaria de aprovechamiento urbanístico*

En el documento notarial en el que se formaliza el título que constituye el negocio jurídico de la transferencia y en el asiento a practicar en el Registro de la Propiedad, han de hacerse constar, específicamente respecto del aprovechamiento urbanístico, las “circunstancias” que determina el RD 1093/1997, de 4 de julio, en su artículo 34, esto es: 1) el número de unidades de aprovechamiento correspondiente a cada una de las fincas afectadas antes de la transmisión; 2) la cuantía del aprovechamiento transmitido en la proporción correspondiente a cada finca; así como 3) los derechos inscritos relativos a cada finca, pero no afectados por la transferencia; y 4) los derechos inscritos afectados por la transferencia pero que se trasladan a dichas fincas, a la de origen y a la de destino.

La principal dificultad que plantea el cumplimiento de la especificación del aprovechamiento correspondiente a cada finca (1), lo plantea la implícita referencia al plan urbanístico y en concreto, a este respecto, la determinación de dicho aprovechamiento y la concreta cuantificación de las unidades de aprovechamiento de cada finca, aspecto técnico y que en la práctica no suministra el plan de ordenación con el necesario detalle y que sólo cuando éste se ejecuta mediante expediente de equidistribución (reparcelación) hace posible este dato²⁸⁹. De otra parte, respecto a la determinación, tanto en el documento

reales (“El acceso al Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico”, en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad-Centro de Estudios Registrales, 1991 (pág. 483); asimismo, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit. (pág. 301 y ss.). Y respecto a la eficacia de la nota marginal referente a la transmisión de aprovechamiento que se practica en la inscripción de la finca matriz o de origen, DÍEZ PICAZO, L., considera que la función que cumple es de coordinación o de oficina, al relacionar unos asientos con otros, practicándose por el Registrador cumpliendo deberes reglamentarios (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, 4ª edición, Cívitas, 1996 (pág. 505). Asimismo, JIMÉNEZ LINARES, Mª J., en *El Derecho al Aprovechamiento Urbanístico*, cit. (pág. 273).

²⁸⁹ La carencia de este dato respecto de las fincas de origen y de destino da lugar a que las unidades de aprovechamiento objeto de la operación no puedan sumarse (a la finca de destino) ni restarse (a la finca de origen o procedencia), a menos que el título haga constar, respecto a cada finca, esa carencia y que en el futuro [cuando se apruebe el expediente de reparcelación] se conozcan con la necesaria precisión esos datos, se hagan constar en los correspondientes

notarial como en el registral, de la cuantía del aprovechamiento urbanístico objeto de transferencia, el precepto reglamentario requiere que se exprese la “cuantía de este aprovechamiento, así como la “proporción que se le atribuya en relación al de la finca de destino y cuantía del aprovechamiento a que queda reducida la finca de origen” (2). Lo cual presupone lógicamente la determinación de las “unidades de aprovechamiento” correspondientes a cada una de las fincas implicadas (1), con la problemática disponibilidad de estos datos administrativos²⁹⁰.

Los demás apartados del referido precepto reglamentario se refieren a “circunstancias” ajenas a la transferencia de aprovechamiento, pero que han de hacerse constar en ambos documentos, notarial y registral, a fin de delimitarla de otros derechos no afectados por la transferencia de aquél (3), como pueden ser derechos de superficie o de garantía, pongamos por caso; así como de los derechos inscritos en la finca de origen pero que se trasladen en todo o en parte a la finca de destino (4). No se hace referencia en este último supuesto al traslado de cargas, que en las operaciones ordinarias de división y segregación se produce de oficio por el Registrador y generalmente no se plantean cuestiones especiales²⁹¹.

Por lo demás, para el caso de que en la finca de destino existiera algún gravamen hipotecario previamente inscrito, se ha señalado²⁹² la conveniencia de que se delimiten dos franjas de valor del inmueble, conforme a la técnica aplicable a los créditos refaccionarios garantizados con hipoteca, de forma que

asientos registrales, así como el traslado de determinadas cargas que, respectivamente, hayan de soportar. *Vid.* en este sentido y de forma similar, ARNAIZ EGUREN, R.: *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit. *supra*, pág. 304 y s. El ejercicio por los titulares de las respectivas fincas, de su derecho a que la Administración les informe por escrito (art. 4,d, LS-TR de 2008), dada la publicidad del planeamiento y el derecho de consulta urbanística, que permitirá disponer a los interesados de un documento público (“cédula urbanística”) acreditativo del régimen aplicable a las fincas y, en concreto, el dato relativo a su aprovechamiento urbanístico (edificabilidad y uso), en su caso.

²⁹⁰ Pese a la terminología utilizada –dice ARNAIZ EGUREN (*La inscripción ...*, pág. 305)-, que parece exigir la proporción del aprovechamiento transferido en relación al ya atribuido con anterioridad a la finca de destino, creemos que con su expresión numérica en unidades es bastante, puesto que la proporción nace directamente de la suma del antiguo y el nuevo aprovechamiento. En tal sentido, el precepto [del art. 34.2 RD 1093/1997] se limita a señalar, respecto de la finca de origen, que habrá de determinarse la cuantía a que queda reducido su propio aprovechamiento, sin obligar el señalamiento de proporción alguna.

²⁹¹ ARNAIZ EGUREN, R., *La inscripción ...*, pág. 306 y s, donde el autor se refiere a la salvedad de las servidumbres prediales, en caso de que no se especifique en el título de fraccionamiento el ámbito al que se concrete el derecho y ante la inexistencia de una norma como la que contenía el art. 168 de la LS-TR de 1992 (y que desarrolla el art. 12 del RD 1093/1997).

²⁹² ARNAIZ EGUREN, R., *La inscripción ...*, pág. 309.

cada porción de valor se signifique mediante la formación de una cuota, en forma similar a la que establece el artículo 11.5 del citado RD 1093/1997 (en concordancia con su artículo 35) para el traslado de cargas en determinados supuestos de expedientes de equidistribución (reparcelación); en cuyo caso la hipoteca preexistente recaería sobre la primera cuota y la trasladada sobre la otra, sin perjuicio de que se pacte su repercusión en la futura propiedad horizontal que se constituya sobre el edificio en que se materialice el aprovechamiento transferido.

VII. LA HIPOTECA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

Dada la importancia económica y social que el derecho real de hipoteca tiene en el mercado inmobiliario, también se plantea la posibilidad de considerar el aprovechamiento urbanístico como objeto hipotecable, supuesta la posibilidad legal, en determinados supuestos de transmitirlo o enajenarlo con independencia del suelo sobre el que recae la propiedad privada de una finca o terreno. Con anterioridad se han delimitado en el presente capítulo determinados supuestos en que en nuestro ordenamiento se admite la transferibilidad de aprovechamiento urbanístico para materializarlo o construirlo en la propia finca o parcela por otra persona no propietaria (superficiario, sobreelevante) o bien incluso para materializar el aprovechamiento urbanístico en otra finca o parcela diferente de la finca de la que proceda el aprovechamiento transferido.

Aunque *prima facie*, por la propia naturaleza inmaterial que, como bien incorporal, el aprovechamiento urbanístico tiene, en cuanto viene asignado a un determinado terreno por el plan urbanístico en suelo urbano o urbanizable, podría pensarse que tal tipo de aprovechamiento no puede ser objeto hipotecable. La dificultad de la realización de este tipo de derecho real de garantía que es la hipoteca, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, de modo independiente del suelo, abundaría en la misma idea de inhipotecabilidad de dicho aprovechamiento.

La doctrina civilista, sin embargo, se ha mostrado en general favorable a que este tipo de aprovechamiento pueda ser objeto de hipoteca, en cuanto “derecho” susceptible de transmisión o enajenación conforme a las leyes. Así, por lo pronto, la legislación estatal del suelo incluye como acto inscribible en el Registro de la Propiedad no solo los actos de transferencia de aprovechamiento urbanístico, sino igualmente los actos de “gravamen” de este tipo de aprovechamiento (art. 51.5 de la Ley estatal de Suelo – TR de 2008). Acto de gravamen que, si bien genéricamente incluye una diversidad tipológica, lógicamente y en cuanto presupone la existencia de un bien inmueble dotado de tal aprovechamiento reduce como es lógico a un tipo de derecho real de garantía que, conceptualmente hablando, no puede ser otro que el derecho real de hipoteca inmobiliaria. El artículo 106 de la Ley Hipotecaria determina que

pueden ser objeto de hipoteca, además de los bienes inmuebles susceptibles de inscripción en dicho Registro, “los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes”. La hipoteca, como derecho real de garantía, supone la puesta a disposición del acreedor hipotecario, en este último caso, y al margen de la polémica aceptación de los derechos sobre derechos, el derecho de garantía que constituye la hipoteca sobre el derecho de aprovechamiento urbanístico²⁹³.

Ahora bien, hay que delimitar varios supuestos como se ha visto con anterioridad. Por lo pronto, tenemos el supuesto de hipoteca que grava el aprovechamiento urbanístico que ha sido objeto de transmisión para materializarlo en la misma finca o parcela de suelo, bien en virtud de la constitución de un derecho de superficie o bien de un derecho de vuelo, que implican la posibilidad o facultad de aprovechamiento para realizar respectivamente una construcción o edificio en suelo ajeno o para construir una planta/s en una finca edificada; cuyos derechos reales limitados, y el aprovechamiento urbanístico que implican, son susceptibles de gravamen hipotecario, si bien con las limitaciones fijadas en el correspondiente título constitutivo. Lo hipotecado en estos casos es el derecho real limitado, esto es el de superficie o el de vuelo, aunque parece razonable pensar que la hipoteca se extienda a las edificaciones en que el ejercicio del derecho se materialice (como dispone, por ejemplo, el art. 428.5 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra). Además y conforme a la estatal LS – TR de 2008 (art. 41.5), respecto al derecho de superficie, la hipoteca se extinguirá cuando se extinga el derecho por el transcurso del tiempo, mientras que si la consolidación de los derechos de propiedad del suelo y del vuelo se producen por cualquier otra causa, las hipotecas que eventualmente recaigan sobre uno y otro derecho subsistirán

²⁹³ JIMÉNEZ LINARES, *El derecho de aprovechamiento ...*, págs. 226 y ss. El aprovechamiento urbanístico –dice (pág. 229)- puede ser hipotecado indudablemente. Hemos comprobado anteriormente –añade- que es un bien inmueble y además susceptible de registración no solo junto con el resto de los elementos de una finca urbana (como por ejemplo la superficie de la misma) sino también como objeto totalmente independiente de la superficie pudiendo llegar a constituir una finca especial, abriendo folio independiente en el Registro de la Propiedad. Y respecto al requisito de que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad del que hipoteque (art. 1857 CC), dicha autora dice que “el derecho que recae sobre el aprovechamiento [urbanístico] tiene la naturaleza de derecho de propiedad, como vimos, no constituye un derecho real limitado, ni siquiera un ius ad rem, ni una simple facultad pese a que la doctrina tiende a descubrir esta naturaleza en el mismo. Nos encontramos ante un derecho de propiedad que reúne las notas esenciales del dominio, si bien dada la peculiaridad del objeto de dicho derecho, el aprovechamiento, dicha propiedad la calificamos de “especial”. Debemos recordar, pese a afirmar el carácter de derecho de propiedad del aprovechamiento, que no es el único derecho hipotecable, pues la LH permite entre otros, la hipoteca del derecho de usufructo y el de superficie”.

como si subsistiera el propio derecho, hasta que transcurra el plazo del derecho de superficie²⁹⁴.

De otra parte, en el supuesto de que se hubiere transmitido o enajenado el derecho de aprovechamiento urbanístico, como tal “derecho”, en aquellos casos previstos y regulados por la legislación del suelo y urbanística, así en el caso de terrenos sujetos a un proceso de urbanización o reparcelación, también parece indudable que, conforme a la legislación civil (art. 1874 CC) y registral (art. 106 LH), el derecho de aprovechamiento de un bien inmueble que sea susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, como sucede en los supuestos de “inscripción del aprovechamiento urbanístico” que, en desarrollo de la Ley estatal de Suelo (art. 51.5 TR de 2008, proveniente del 307 TR de 1992), regula reglamentariamente el RD 1093/1997. Concretamente en su artículo 34, al establecer las circunstancias que han de hacerse constar en el título y en los asientos de inscripción del aprovechamiento urbanístico, establece en su apartado núm. 4, que ha de constar la “determinación de los derechos inscritos que se trasladan en todo o en parte de la finca de procedencia del aprovechamiento transmitido o distribuido a la finca de destino”; refiriéndose así de modo implícito a los derechos reales que, como la hipoteca, se hayan constituido sobre el aprovechamiento objeto de transmisión.

Ni que decir tiene que, en todo caso y por ende en este último, la hipoteca es un derecho real de garantía, pero de constitución registral, ya que para su validez se requiere que sea otorgada en escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad, por lo que no caben legalmente, en virtud del principio de publicidad registral, hipotecas digamos ocultas.

²⁹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en *Curso de Derecho Civil*, III (coord. por DE PABLO CONTRERAS), Edit. Colex, 2008, pág. 569.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD URBANA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA FUNCIÓN SOCIAL EN LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL 37/1987, DE 26 DE MARZO. PLANTEAMIENTO CRÍTICO DE LA DOCTRINA QUE AL RESPECTO SE MANTIENE EN ESTA SENTENCIA, A LA LUZ DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA: ¿FORMAN PARTE LOS DEBERES Y CARGAS URBANÍSTICAS DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA (URBANA)? III. LÍMITES Y DEBERES LEGALES IMPUESTOS A LA PROPIEDAD INMUEBLE URBANA POR LA LEGISLACIÓN DEL SUELO Y URBANÍSTICA EN RAZÓN DE LA FUNCIÓN SOCIAL QUE ESTE DERECHO HA DE CUMPLIR. 1. Límites y limitaciones legales. 2. Deberes legales de los propietarios de suelo susceptible de transformación urbanística. A) Deberes y cargas impuestos por la legislación estatal de suelo en caso de actuaciones de transformación urbanística. B) Deberes y cargas urbanísticas de los propietarios en la legislación autonómica. IV. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD URBANA EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL. 1. Limitaciones legales a los terrenos contiguos al cauce de los ríos. 2. Limitaciones legales de los terrenos contiguos al dominio público marítimo-terrestre. 3. Limitaciones legales impuestas a la propiedad privada de terrenos contiguos a carreteras y vías ferroviarias. 4. Limitaciones legales aplicables a terrenos próximos a instalaciones militares. 5. Limitaciones legales establecidas sobre terrenos próximos a los aeropuertos. 6. Limitaciones impuestas a inmuebles de propiedad privada por la legislación de patrimonio histórico-artístico, por razón de interés cultural. V. INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS LÍMITES, DEBERES Y CARGAS RECAYENTES SOBRE LA PROPIEDAD URBANA, MEDIANTE EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y LA REPARCELACIÓN, EN LA EJECUCIÓN DE AQUÉL. VI. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La función social de la propiedad privada, a que la CE se refiere en su artículo 33, es un tema que de modo general ha sido tratado en el capítulo tercero de este trabajo. Todo lo dicho allí ha de traerse a colación en este lugar, en la medida en que sea necesario para considerar su proyección en el régimen normativo –estatutario– de la llamada comúnmente propiedad urbana. Conviene, sin embargo, reiterar algunas ideas y por supuesto los tipos de intereses a que responden, respectivamente, el instituto de la propiedad privada y la función social: la protección jurídica que al titular de aquella otorga el ordenamiento para poder satisfacer sus intereses privados o particulares, facultándole a realizar el uso y aprovechamiento de la cosa objeto de este tipo de derecho real pleno; así como la tutela jurídica, por otra parte, de otro tipo de intereses, los intereses generales de la comunidad (sociales y públicos), atendiendo a los cuales ese derecho de propiedad privada viene también sujeto a determinados límites, en la propiedad inmobiliaria urbana de la que aquí se trata. El tipo diverso de *intereses* subyacentes e implicados en la institución-derecho de propiedad privada, esto es, los intereses particulares y privativos del dueño de la cosa, y los intereses generales y públicos a que responde la

función social que, como límite, tal derecho subjetivo patrimonial, debe cumplir, son por lo tanto intereses diversos y responden a necesidades de naturaleza distinta: a los individuales y privativos del propietario, el derecho subjetivo; a los generales o colectivos de la comunidad, la función social que, legalmente ha de cumplir ese derecho²⁹⁵ según su estatuto jurídico.

De aquí y cabalmente por ello, que cuando la doctrina civilista se ha referido a la función social de la propiedad privada, y específicamente a las limitaciones de que este derecho patrimonial civil es susceptible por parte del legislador para la tutela de intereses generales, también se ha referido a las aporías jurídicas que se suscitan y que han servido para airear una polémica interminable en el “debate de la propiedad”, en la ciencia jurídica europea, que no ha contribuido a crear una sola regla de Derecho que pudiera ayudar a los tribunales civiles a la hora de resolver al respecto contiendas entre sujetos privados²⁹⁶. Y es que la función social se explicita jurídica y fundamentalmente en un régimen legal de Derecho público, por razón del tipo de intereses, los

²⁹⁵ De aquí que, como más atrás se ha considerado, no sea posible implicar, ni siquiera institucionalmente, en el contenido del derecho de propiedad privada, la tutela jurídica (pública) de los intereses generales y públicos a que responde la función social, y que este derecho debe cumplir, aunque de manera y con alcance distinto, según los tipos o categorías de bienes susceptibles de apropiación y dominio –de donde la pluralidad legal y “estatutaria” de funciones sociales, a este respecto-. La función social de la propiedad privada no forma parte, pues, en este sentido, del contenido de éste, ni institucionalmente ni como tipo de derecho subjetivo, conceptual, metodológicamente e incluso históricamente, porque, según se ha considerado *supra* (capítulo tercero), como derecho constituye una situación jurídica *activa*, en cuanto atribuye a su titular un poder jurídico (a diferencia de la “función social”, que limita ese poder jurídico –facultativo- del propietario, y que incluso fundamenta la imposición legal –estatutaria- de deberes y cargas, límites y deberes que condicionan el *ejercicio* de aquel derecho). Por ello, la función social es siempre limitativa para el propietario; y si se integrase en el contenido de la propiedad privada, ésta dejaría de ser un derecho subjetivo, para pasar a ser otro tipo de situación jurídica, distinta, de poder y de deber, conjuntamente, es decir, una función o situación jurídica mixta.

²⁹⁶ CARRASCO PERERA, A.: *Relaciones Civiles con Contenido Urbanístico*, Edit. Aranzadi, 1999, pág. 54 y ss. En la jurisprudencia civil –dice este autor- no encontramos ninguna resolución que haya podido conceder a la idea de función social una eficacia regulatoria tal como para permitir a un tercero negar el reconocimiento o legitimidad del ejercicio del derecho ajeno, por el solo hecho de que el titular de este derecho no realizara con su ejercicio una función social, o pretendiera la simple satisfacción egoísta de su interés privado. No encontramos tampoco ningún supuesto de hecho de pérdida de derecho que tenga como elemento definidor el incumplimiento de la función social. La referencia que en determinadas sentencias que en vía jurisdiccional civil –citadas por dicho autor- se hace al límite de la “función social” (s. TS de 31 de octubre de 1997) o al “interés social” (s. TS de 16 de septiembre de 1997), o conceptos análogos, para resolver casos de conflictos interprivados, se hace en la labor hermenéutica de aplicación del Derecho atendiendo a “la finalidad de las normas, la realidad social en que deben ser aplicadas y el mandato de proporcionalidad en la ponderación de los derechos en conflicto, es decir, la función social de la propiedad en su función interprivada [...], y se confunde con la función de ponderación de derechos individuales en conflicto”.

generales y públicos, en cuanto tales trascendentes de la utilidad de los particulares. De aquí el entrecruzamiento en el régimen estatutario de la propiedad urbana de normas jurídico-privadas, referentes a la propiedad del suelo, y de normas jurídico-públicas, que como tales tutelan intereses generales de la comunidad (intereses públicos trascendentes) y apoderan al poder público, en especial a la Administración pública como gestora de este otro tipo de intereses, para que, desde una posición de superioridad (*imperium*) respecto de los particulares propietarios²⁹⁷, se requiera a éstos para que cumplan ciertos deberes y cargas públicas, impuestos por las leyes (así, en el proceso de transformación urbanística del suelo) y para intervenir el ejercicio de la facultad de edificar.

Es así como, para atender a determinados intereses generales y públicos, se formula el principio de *solidaridad* y la función social de la propiedad privada, con especial incidencia en los bienes de naturaleza productiva, como la propiedad inmueble, cuyo *rendimiento económico* ha de contribuir también, desde esta perspectiva, al beneficio de la sociedad. En concreto y por lo que se refiere a la propiedad del suelo –la tierra es un factor que interviene en el proceso productivo, como es sabido-, su explotación económica difiere sustancialmente según el tipo de explotación (agraria, urbanística, etc.), de donde la diversidad de regulaciones o estatutos jurídicos y, según esto, la *multiplicidad de funciones sociales* que la propiedad inmobiliaria cumple según el tipo de aprovechamiento, mucho más rentable en sociedades evolucionadas –y al margen de la actual crisis- en el caso de la propiedad urbana que en el de la propiedad rústica. La intensidad de la función social es mayor por ello respecto a la propiedad urbana y se pone de manifiesto especialmente en los procesos de

²⁹⁷ A diferencia de las relaciones *horizontales* entre particulares, que en una posición inicial de igualdad y equiparación éstos mantienen entre sí libremente en virtud del principio de autonomía de la voluntad y para relacionarse contractualmente (art. 1255 CC). El difícil equilibrio entre ambos tipos de intereses, los particulares (donde se sitúan los tutelados por el derecho de propiedad) y los generales y públicos (propios de la comunidad política), y paralelamente entre la libertad y el poder público, son los polos entre los cuales se desenvuelve históricamente la vida del Derecho. La *summa divisio iuris* determina, como es sabido, la naturaleza de las normas: se califica una norma de Derecho público cuando no es susceptible de derogación por la voluntad de los particulares (*ius cogens, ius necessarium*), mientras que las normas de Derecho privado son susceptibles de derogación o modificación por la libre voluntad de los particulares (*ius voluntarium o ius dispositium*); y así el Derecho se nos presenta en su conjunto como un sistema en que ambas tendencias se equilibran y armonizan (A. DE COSSÍO: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1, Edit. Alianza, 1975, pág. 16 y ss). El régimen jurídico de la llamada propiedad urbana es buena muestra de la concurrencia de ambos tipos de normas respecto de una materia como es la urbanística, donde la función social de la propiedad privada del suelo se expresa fundamentalmente en normas de Derecho público, que establece “límites”, “deberes”, “cargas”, etc., que vienen a ampliar el estrecho ámbito de las “limitaciones” del art. 348 CC, y que, como dice ESCRIBANO COLLADO, inciden en el ejercicio de este derecho (*La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*, Edit. Montecorvo, 1979, pág. 95 y ss).

transformación urbanística de terrenos rústicos cuando éstos admiten la posibilidad de ser urbanizados (suelos urbanizables e incluso los clasificados como urbanos pero aún no urbanizados); posibilidad ésta de aprovechamiento urbanístico que tiene como correlato la mayor intensificación de la función social, en razón del incremento de valor económico o plusvalía, que experimentan los terrenos en caso de urbanización y ulterior posibilidad de edificación de los mismos, materializando el aprovechamiento urbanístico asignado por el planeamiento.

El interés particular del propietario, en este supuesto, se articula con el interés público que la obra urbanizadora reviste, en cuanto infraestructura pública, regulando el legislador -en el proceso de transformación urbanística del suelo afectado-, el cumplimiento por los propietarios de una serie de límites y deberes condicionantes del ejercicio del *ius aedificandi* sobre el terreno de su propiedad. Límites y deberes legales que los propietarios han de cumplir y cuyo fundamento jurídico-material cabalmente se halla pues en ese plus-valor producido por la ordenación (clasificación) y urbanización del suelo con vocación urbana. Al principio de la función social que la propiedad privada en general ha de cumplir (artículo 33.2 CE), se une así específicamente para la propiedad urbana, otro principio constitucional: el de que “la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos” (art. 47, pfo 2, CE). Principio éste que vincula, así pues, esa *plusvalía* o aumento de valor del suelo, en el que ha de participar la comunidad social, a ésta, actuante a través de entes públicos institucionalizados en ella (los municipios, básicamente); acción urbanística que incluye tanto el planeamiento que ordena y organiza el espacio urbano y lo hace susceptible de aprovechamiento urbanístico, así como también su ejecución mediante obras de urbanización de los terrenos afectados. Acciones *públicas* ambas -jurídicas y materiales- determinantes en la adquisición de ese plus-valor del suelo y en el que, cabal y justamente por ello, ha de participar la propia comunidad social²⁹⁸; percibiendo así ésta una parte del “beneficio” o plusvalía, en razón de esa

²⁹⁸ En este sentido, GONZÁLEZ SALINAS, J., define las plusvalías urbanísticas como “los beneficios por el planeamiento” que han de ser compensados con las “cargas urbanísticas en sentido amplio” (“Las plusvalías urbanísticas: sistematización del alcance del artículo 47 de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, II, Edit. Cívitas, 1991, pág. 1657). En análogo sentido, MARTÍN MATEO, R., dice que “los beneficios que los propietarios inmobiliarios pueden gratuitamente recibir guardan indudablemente relación con las decisiones implicadas en la ordenación del territorio que el planeamiento genera”, y también que “la mera ordenación física del espacio, aunque puede generar expectativas de trasunto económico, éstas a la larga vendrían volatilizadas si el espacio, jurídicamente transformado, si no es también objeto de mutaciones físicas que le hagan idóneo para usos urbanos” (“La plusvalía. Estudio de Derecho comparado”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 68/1980, pág. 14). En similar sentido, MUÑOZ GUIJOSA, M^a A., en *El Derecho de Propiedad del Suelo: De la Constitución a la Ordenación Urbana*, Edit. Cívitas-Thomson, 2009 (págs. 434 y ss).

función social, cuando el derecho de propiedad se ejercita por su titular dentro de ese proceso urbanístico²⁹⁹.

La instrumentación en nuestro ordenamiento, de este principio constitucional de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas, se realiza mediante una serie de técnicas o mecanismos jurídicos que el régimen estatutario de la propiedad urbana ha incorporado y que incluyen desde el concepto normativo de límites (“delimitación” del contenido normal del derecho, según su estatuto) y de limitaciones, al de los deberes y cargas urbanísticas vinculadas a la ejecución de obras de urbanización, y cuyos deberes y cargas condicionan legalmente el ejercicio del *ius aedificandi*, como las más típicas que, entre otras y de modo general, han sido consideradas antes³⁰⁰ y que en el presente capítulo han de traerse a colación respecto al régimen específico de la propiedad urbana, con referencia tanto a la legislación estatal del suelo, como a la urbanística autonómica.

II. LA FUNCIÓN SOCIAL EN LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL 37/1987, DE 26 DE MARZO. PLANTEAMIENTO CRÍTICO DE LA DOCTRINA QUE AL RESPECTO SE MANTIENE EN ESTA SENTENCIA, A LA LUZ DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA: ¿FORMAN PARTE LOS DEBERES Y CARGAS URBANÍSTICAS DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA (URBANA)?

La función social de la propiedad privada tiene su fundamento material, como se ha visto más atrás de modo general (en el capítulo tercero), en la exigencia de que este derecho no sólo satisfaga la utilidad o interés privado de su titular, sino en que asimismo cumpla el interés general de la comunidad, cuya *delimitación* –entre ambos intereses y su regulación legal- corresponde hacer al legislador competente, que ha de determinar por ello esos fines de interés general que los bienes de propiedad privada también han de atender o satisfacer. Ahora bien, la función social de la propiedad privada, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1987, no resulta o deriva de una regulación unitaria de este derecho, por lo que carece de sentido –dice- la exigencia de una regulación abstracta, realizada con carácter general y

²⁹⁹ Se distingue así, a este respecto, entre “delimitación” legal previa, del derecho de propiedad privada (art. 33.2 CE), y regulación del *ejercicio* de este derecho (art. 53.1 CE), situándose la cuestión de la participación en las plusvalías urbanísticas (art. 47 CE), en este último supuesto (así, MUÑOZ GUIJOSA, *ob. cit.*, pág. 450 y s). Lo cual no significa, a nuestro juicio, que en la “delimitación” legal del contenido del derecho no incida, según lo dicho y se precisa más adelante, la función social de este derecho: aunque esa participación se manifiesta y hace operativa cuando el derecho de propiedad sea ejercitado con la incorporación de suelo, objeto del derecho subjetivo patrimonial, al proceso de transformación urbanística.

³⁰⁰ Capítulo Tercero, epígrafe IV.

uniforme, sino que ha de realizarse mediante la regulación de determinados intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido. Y en consecuencia –concluye a este respecto-, que “corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses [generales, ...] establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad” (Fundamento Jurídico nº 9). Por ello, mejor que considerar la regulación de la función social en abstracto, esto es, de modo general y uniforme, dice que mejor ha de hablarse de “funciones sociales”, lógicamente en razón del diverso contenido económico o patrimonial de que las cosas o bienes objeto de propiedad privada son susceptibles y, en consonancia con el mismo, del correspondiente régimen o estatuto jurídico.

En especial, la misma sentencia constitucional se refiere a la función social de la propiedad inmobiliaria, que es en la que “la restricción o modalización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos al titular” se produce de una manera más intensa, tanto respecto a la propiedad urbana (la “que recae –dice- sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico”) como a la propiedad rústica (esto es, “de tierras agrícolas o forestales”), por el carácter no renovable –dice- o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de actividades productivas. Circunstancias ambas que son las que justificarían, pues, la especial intensidad que la función social tiene en cuanto limitativa del derecho de propiedad privada recayente sobre esos tipos de bienes inmuebles.

Ahora bien, adecuar a exigencias sociales el derecho de propiedad privada de suelo con vocación urbana remite por ello a la legislación ordinaria para que ésta sea la que, conforme a la Constitución (art. 33.2), delimite específicamente el contenido del derecho de la propiedad urbana conforme a la función social, regulando el ejercicio de tal derecho (art. 53.1 CE). Sin embargo, la citada sentencia constitucional suscita algunas cuestiones que, a nuestro juicio, no encajan en la concepción *institucional* de la propiedad privada, esto es, entendida ésta como tipo abstracto de derecho patrimonial que la propia Constitución no sólo reconoce sino que garantiza en su contenido esencial (arts. 33.1 y 53.1); ni tampoco encaja en la concepción de la propiedad privada como *derecho subjetivo* que es objeto de una determinada y especial regulación legal –estatutaria-, según la naturaleza, función y valor social del bien objeto de esa regulación (art. 33.2 CE), en nuestro caso de la propiedad urbana.

Por una parte, respecto a la *vertiente institucional* de la propiedad privada, la sentencia 37/1987 dice, contraponiéndola a la que define el CC (art. 348), que:

“Por el contrario [...] el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social de cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir, lo que supone [...] la definitiva incorporación del interés general o

colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido” (F.J. nº 8).

Con ello, parece que cuando alude a la “vertiente institucional” del derecho se está refiriendo a la regulación legal de cada tipo de propiedad, puesto que, antes, la propia sentencia afirma que “la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto de dominio reservado a su titular” (F.J. nº 2), sino que como dice a continuación (en el mismo F.J.):

“Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. 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, 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 definen por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”.

En el fondo, con ello, el supremo intérprete del texto fundamental lo que hace es contraponer literalmente la concepción institucional de la propiedad privada –que, como institución unitaria se define de modo abstracto y general en el Código Civil (art. 348)-, al incluir el TC no solo las facultades a que se refiere este precepto civil como contenido del derecho de que se trata –y que de modo *general* son las que lo definen como prototipo de derecho real patrimonial-, sino también las “limitaciones” que las leyes establecen, para proteger el interés general y el derecho de terceros; pese a que, como ha señalado la doctrina³⁰¹, ese concepto de limitaciones es, en el actual contexto constitucional, susceptible de amplia interpretación capaz de asumir no sólo las

³⁰¹ El artículo 348 CC contiene una norma cuya generalidad y elasticidad permite ser limitada por las leyes, incluyendo en el concepto de “limitaciones” que utiliza “no solo las tradicionales sino también las nuevas restricciones que la función social impone al derecho de propiedad: para poderse adaptar a la nueva situación” (MONTES PENADÉS y BARNÉS VÁZQUEZ, entre otros autores, citados antes, en las notas 27 y 29 del Capítulo Primero).

clásicas limitaciones “externas” sino también los límites, deberes y cargas que en virtud de la moderna función social, ha de cumplir asimismo el titular del derecho cuando *ejercita* sus facultades. Y es que, en definitiva, la función social es *siempre* restrictiva o limitativa para el propietario.

Además, los presupuestos de que parte la propia sentencia constitucional le lleva a afirmar que la función social –junto a la utilidad individual del propietario– “definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”, incluso con referencia al contenido “esencial”. Se incorpora así al *contenido* del derecho de propiedad, desde su propia raíz conceptual, la idea de deber, lo que recuerda la conocida expresión de que “la propiedad obliga”, que utilizara la Constitución de Weimar (1919), al extremo de sustantivizar el sentido de esta histórica expresión en el contenido del propio derecho. Nuestro Tribunal Constitucional se alinea de este modo con la posición doctrinal que considera a la propiedad privada como una función jurídica, como un derecho-deber, en definitiva como una situación jurídica mixta, en cuanto incluye como “elemento estructural e interno –dice– de la propiedad privada”; no solo la situación activa de poder jurídico de su titular (derecho subjetivo) sino asimismo la pasiva de deber u obligación legalmente impuesta (función social); y que, mantenida por un sector de la doctrina, sobre todo por la iuspublicística³⁰², como concepción “moderna” de la propiedad privada, viene así a tratar de consustancializar la función social con el propio derecho, incluso desde su “contenido esencial” y no solo el estatutario modulador de la regulación de cada tipo de propiedad atendiendo a los bienes que constituyen su objeto.

Por nuestra parte, se reitera a este respecto la posición expuesta asimismo *supra*³⁰³, y según la cual la función social de la propiedad privada se refiere a ésta no como institución, ni como derecho, que la Constitución actual

³⁰² Así, por todos, LEGUINA VILLA, J. (*vid supra*, Capítulo Segundo, la referencia que a este autor se hace en el apartado II,1, y la nota 45; y en el Capítulo Tercero, II.1), cuyo autor fue precisamente el ponente de la sentencia 37/1987 del TC (cuya doctrina siguen las sentencias del TC 149/1991, de 4 de julio, y la 198/1991, de 17 de octubre); aun cuando la mayoría de la doctrina y sobre todo la civilista se manifiesta por lo general contraria a la idea de la propiedad-función y considera que la propiedad es un derecho subjetivo privado cuyo dominio ostenta su titular para satisfacer intereses propios dignos de protección jurídica y que la función social incide no tanto en la definición del dominio cuanto en la fijación de sus límites (delimitación), limitaciones y deberes, sin que la existencia de éstos, ni por ende la función social, varíen la esencia del derecho subjetivo (ALBALADEJO, DE LOS MOZOS, DÍEZ PICAZO y GULLÓN, LASARTE ALVAREZ ...), como se ha visto en dicho capítulo 3º (apartado II.2). Vid. asimismo la opinión expresada por DÍEZ PICAZO y recogida en el Capítulo Primero, nota 17.

³⁰³ Capítulo Tercero, apartado III,3. Respecto al “contenido esencial” que constituye un límite a la regulación del *ejercicio* del derecho de propiedad privada, *vid.* asimismo sobre la polémica cuestión de si forma parte la función social de dicho “contenido esencial”, la exposición hecha en el Capítulo Segundo, apartado II.1.

“reconoce” (art. 33.1), sino en cuanto a la “delimitación” jurídico-normativa encomendada al legislador y que supone que éste ha de fijar los límites del derecho y, por ende, de las facultades que comprende (el uso y aprovechamiento de la cosa, así como la facultad de disponer de ésta: art. 348 CC), en la regulación estatutaria que de la propiedad privada *de determinados tipos de bienes* realiza el propio legislador: así, por lo tanto, específicamente respecto a la propiedad urbana, el régimen jurídico básico de la propiedad del suelo y el urbanístico. Por ello, aun cuando genéricamente se hable de función social de la propiedad privada, en rigor esto no es así –como reconoce la propia sentencia constitucional 37/1987-, porque no cabe predicar tal función de forma genérica y unitaria respecto a todo tipo de bienes objeto de dominio, sino de cada categoría o clase de bienes, en particular aquí la fijada en el estatuto de los bienes inmuebles con vocación urbana. Así, la función social de la propiedad urbana es diferente, según su estatuto jurídico, del de la propiedad rústica, y aún dentro de ésta, de la propiedad agraria y de la propiedad forestal. Y en cualquier caso, al regular y establecer la correspondiente regulación jurídica, *limitativa* del “derecho” (y por ende de las facultades que lo integran) en razón de la función social, el legislador ha de respetar ese “contenido esencial” del “derecho” (de propiedad privada, en general, esto es, en su concepción institucional: art. 33.1 y 53.1 CE).

Es así por ello, que del contenido –tanto “esencial” como el normal establecido por la regulación de determinados tipos o categorías de bienes- de este “derecho”, como de cualquier otro tipo de derecho subjetivo, en cuanto situación jurídica activa y de poder, sólo forman parte integrante las facultades o posibilidades jurídicas de actuar, no los deberes, so pena de desnaturalizarlo incluso como derecho y configurarlo como otro tipo de situación jurídica, mixta ésta, de poder y deber conjuntamente³⁰⁴, amalgamando de este modo los intereses particulares o privados del titular del derecho con los intereses generales de la comunidad a que la función social atiende. La función social de la propiedad inmobiliaria urbana, en definitiva, no solo no forma parte del contenido de este “derecho”, sino que tampoco, y menos aún, es susceptible de

³⁰⁴ Como una especie de *status* jurídico, que define más bien un conjunto o complejo de situaciones jurídicas, unas activas (derechos) y otras pasivas (obligaciones, deberes) que derivan por formar parte su titular como miembro de una comunidad, organización o asociación (vecino, funcionario, estudiante, etc.), de donde el concepto de “estatuto” que se da a la norma o reglas que las regulan y el calificativo de “estatutario” aplicado específicamente a su régimen. Pero de ahí a afirmar que del “contenido” de un “derecho” (situación jurídica activa, o de poder) también forman parte “deberes” (situación jurídica pasiva, obligacional) supone tanto como desfigurar conceptualmente –desnaturalizar- el derecho de propiedad, que pasaría como tal “derecho”, en sí mismo, a ser una situación jurídica mixta, pero desde *dentro* del propio derecho subjetivo; forzando así incluso la propia significación del concepto jurídico de *status* antes recordado –y de “estatuto” o régimen jurídico-, como complejo o *conjunto* de situaciones jurídicas, activas unas y pasivas u obligacionales otras, *reguladas* por un determinado “estatuto” (de vecino de un municipio, etc.)

su integración en el propio “derecho” –en su contenido- para que éste sea eficaz y operativo, ya que su *eficacia* jurídica se produce, mediante el cumplimiento de los límites, limitaciones, deberes y cargas establecidos legalmente, cuando se realiza el *ejercicio* de este tipo de poder jurídico concreto que es el propio derecho, conforme a la regulación legal aplicable.

Pese a todo ello, y sin duda por influjo de dicha sentencia constitucional, la vigente Ley estatal de Suelo (2007-TR de 2008), al regular el “contenido del derecho de propiedad del suelo” incluye en el mismo, además de las “facultades” (art. 8), los “deberes y cargas” (art. 9). Lo mismo que, a este respecto, hacen algunas Leyes urbanísticas autonómicas, como la Ley andaluza 7/2002 (arts. 50 y 51, respectivamente), la Ley canaria (arts. 58 y 59 del TR aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000), la Ley castellano-manchega (arts. 50 y 51 del TR aprobado por el Decreto Legislativo 1/2004), la Ley extremeña 15/2001 (arts. 13 y 14) y la Ley vasca 2/2006 (arts. 20 a 23, sobre las facultades, y 24 a 26 respecto a los deberes). Las demás Comunidades Autónomas regulan, en sus respectivas leyes urbanísticas, los derechos y los deberes de los propietarios de suelo urbano y de suelo urbanizable, sin expresar en la respectiva regulación legal que los deberes formen parte del contenido urbanístico de la propiedad del suelo. Pero, además, cabe preguntarse si, según lo dicho: ¿adquieren un *plus* adicional de eficacia y obligatoriedad jurídica los deberes y cargas urbanísticas impuestas a los propietarios de suelo, por decir que forman parte del “contenido urbanístico” de la propiedad privada, como dicen explícitamente las leyes citadas, respecto de las demás leyes urbanísticas autonómicas –todas las demás-, que no hacen esa afirmación? A nuestro juicio, ninguno. Parece que no pasa de ser una determinación puramente retórica; o, al menos, no se nos alcanza cuál pueda ser la razón jurídica determinante de esa inclusión de los deberes y cargas en el “contenido” del *derecho* de propiedad privada, más allá de las razones ideológicas inspiradoras de casi todas esas leyes, tanto de la estatal de suelo como de las autonómicas citadas.

III. LÍMITES Y DEBERES LEGALES IMPUESTOS A LA PROPIEDAD INMUEBLE URBANA POR LA LEGISLACIÓN DEL SUELO Y URBANÍSTICA EN RAZÓN DE LA FUNCIÓN SOCIAL QUE ESTE DERECHO HA DE CUMPLIR

La función social que para fines de interés general, la propiedad inmobiliaria urbana ha de cumplir, supone, en todo caso, una restricción de este derecho subjetivo patrimonial. La “delimitación” del contenido de este derecho y la imposición al mismo, por su régimen legal estatutario, de determinados deberes y cargas urbanísticas, presuponen, pues, en cuanto institución preexistente, el concepto de dominio (arts. 33.1 CE y 348 CC), sobre el que inciden sin embargo normas de Derecho público, que no solo limitan el alcance de su contenido, esto es que lo “delimitan”, sino que imponen asimismo

determinados deberes positivos y cargas, en razón de esa función social que debe cumplir para fines públicos o colectivos. La propiedad privada es un concepto jurídico civil preexistente a la Constitución, que por ello ésta “reconoce” y garantiza, por lo que la existencia de límites y restricciones de su contenido, con el límite a su vez de su núcleo esencial –límite de límites-, no supone evidentemente –todo lo contrario- que deje de ser un auténtico derecho, ya que esos límites, deberes, etc. responden sustantivamente a otro tipo de intereses, los públicos o generales de la comunidad, a los cuales cabalmente responde la idea de función social (art. 33.2 CE), y más concretamente –*ratione materiae*- el referido principio de participación comunitaria en las plusvalías que produzca la acción urbanística de los entes públicos (art. 47, pfo 2, CE).

Es por ello, por lo que la instrumentación jurídico-pública de la función social tiene en este último principio no solo su fundamento material sino también implícitamente su límite, so pena de ruptura del delicado *equilibrio* entre la utilidad o interés privado del titular del derecho de propiedad y el interés general o público de la comunidad, en el caso de que esos límites, deberes y cargas fueren excesivos o desproporcionados respecto a la utilidad particular derivada del uso y aprovechamiento del suelo con vocación urbana.

Aun cuando la formulación de la idea o principio de función o solidaridad social se haya producido como consecuencia de la implantación del llamado Estado Social de Derecho, sin embargo esa manifestación específica del mismo que supone el principio de afectación pública de parte de las plusvalías urbanísticas en nuestro Derecho, tiene ya algunas expresiones en el siglo XIX, en la legislación de ensanche y de reforma interior de poblaciones³⁰⁵. La evolución del ordenamiento hacia el llamado Estado Social ha permitido no solo profundizar e intensificar la intervención pública de la propiedad inmueble urbana, sino también la instrumentación jurídica de la función social que la misma viene llamada a cumplir, mediante una serie de técnicas utilizadas para configurarla y hacerla jurídicamente operativa.

³⁰⁵ En esta legislación histórica (Leyes de “ensanche” de 29 de junio de 1864, de 22 de diciembre de 1876 y 26 de julio de 1892, y de “reforma interior” de 18 de marzo de 1895) se planteó el problema de adquisición y financiación de terrenos y obras de urbanización, aunque la concepción liberal propia de aquellas época limitara la actuación pública, de los ayuntamientos, a la adquisición de suelo para viario y usos públicos mediante expropiación forzosa (Ley de 10 de enero de 1879) y la imposición de tributos especiales, aunque consciente el legislador de que la obra pública producía una revalorización de la propiedad privada afectada, beneficiándose con las correspondientes plusvalías, habilitó la posibilidad de que, para recuperar parte de éstas, la Administración expropiara las zonas laterales de las nuevas vías públicas con un fondo de 20 metros desde el límite de éstas vías; y después, la Ley de 1892 reguló la cesión de la mitad de los terrenos necesarios para la vía pública. (Sobre esta temática, véase por todas, la obra de BASSOLS COMA, M.: *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español, 1812-1956*, Edit. Montecorvo, 1973).

1. Límites y limitaciones legales

A estas últimas técnicas jurídicas se refiere nuestro Código Civil, cuando al definir el derecho de propiedad, no solo alude en general a las facultades que incluye, sino también a las “limitaciones” establecidas en las leyes y que, como tales, vienen a restringir el contenido del propio derecho. La incidencia en este derecho de esas limitaciones, se dice desde entonces que como limitaciones *externas*, en cuanto operan desde fuera, desde el exterior del contenido del derecho, cuyas facultades viene a restringir o reducir la ley. La función social que el derecho de propiedad privada ha de cumplir hoy (art. 33.2 CE) requiere dar ahora un paso más y muy importante, específicamente para la propiedad inmobiliaria urbana, dada la variedad e intensidad que hoy tienen las restricciones de este derecho en función de esa idea de solidaridad social, en cuanto afecta ésta singularmente a la ciudad y su expansión. Este paso se refiere, por lo pronto, a la determinación y decisión pública que supone regular y fijar una serie de *límites* que definen de modo general el contenido (“normal”), según su estatuto, de la propiedad urbana: primero, por ley, y después en su desarrollo y conforme a ésta, en cada municipio, por el planeamiento urbanístico. Pues es éste, en definitiva, y no solo de modo general sino incluso para cada terreno, el que determina la posibilidad de ser utilizado como suelo con vocación urbana (el clasificado como urbano o urbanizable) y, en consecuencia, con un determinado aprovechamiento urbanístico; lo que supondrá por lo pronto la fijación de un *límite* hasta dónde llega o *alcanza* la facultad de “gozar” el dueño de su finca o terreno.

Dicho de otro modo: el concepto de “límite” supone el trazado de una línea que, a modo de circunferencia, “delimita” el contenido de la propiedad urbana del suelo, esto es, de las facultades de uso y aprovechamiento urbanístico; cuyo trazado de esta línea-límite marcará hasta dónde el titular del dominio viene facultado a ejercitar ese derecho. Por lo tanto: si la función social “delimita” el derecho se está diciendo que no lo hace desde el interior de su contenido, sino a partir de éste, que es donde entra en juego la remisión constitucional al legislador ordinario (artículo 33.2 CE), con la colaboración reglamentaria de la Administración (STC 37/1987 cit, F.J. 3º).

Operación jurídica ésta, “delimitadora” del contenido de la propiedad urbana, que se realiza en una doble fase, ya que a la ordenación general establecida por la legislación urbanística -en función de la correspondiente clasificación del suelo susceptible de utilización y aprovechamiento urbanístico-, sigue la ordenación *detallada* del planeamiento, que asigna usos y volúmenes de edificabilidad con mayor o menor intensidad, atendiendo no solo a su rentabilidad (utilidad económica, cuya plusvalía beneficia a los propietarios de suelo) sino también a otros factores y circunstancias (medio-ambientales, culturales, etc.) que, por razones de interés general, justifican y determinan graduar y limitar la intensidad de los usos y aprovechamientos

urbanísticos lucrativos, según zonas. A esta típica forma de operar la ordenación urbanística (ley + plan) ya nos hemos referido antes con algún detalle (en el capítulo cuarto). Lo que interesa resaltar ahora es que esta formulación jurídico-normativa bifásica permite cumplir, respecto a la función social de la propiedad urbana, no sólo con el principio de reserva de ley relativa (art. 33.2 CE), sino también materialmente con la posibilidad de “delimitar” el contenido normal –también llamado estatutario-, cuya concreción fija para cada terreno edificable el planeamiento urbanístico detallado, si bien según zonas situadas en suelo clasificado como urbano o urbanizable³⁰⁶, a fin de homogeneizarlo todo lo posible.

Así, pongamos por caso, en la Ley del Suelo de la Región de Murcia – TR/2005- se establece (art. 101.1) que en esta última clase de suelo, cuando se ordene en sectores, la asignación de usos y aprovechamientos de referencia, en cada uno de ellos, han de fijarse por el plan, atendiendo al tipo de uso (residencial o de actividades económicas) y a su “intensidad” o volumen edificable (según que, en el uso residencial, la densidad sea alta, media, baja o mínima). Lo que, en definitiva y desde la propia Ley urbanística, condicionará al plan detallado que la desarrolle y concrete en cada municipio, dentro de unos parámetros que “delimitan” así el contenido, en facultades de uso y edificabilidad, de la propiedad del suelo en el ámbito urbano.

De esta forma, al mismo tiempo que se realiza la asignación de determinados usos y edificabilidad, dentro de ciertos límites –legales, y que ha de concretar el plan urbanístico para cada zona y terrenos o parcelas edificables-, se está también, implícitamente, limitando la voluntad y el interés particular de los propietarios, porque el interés general de la comunidad (función social) requiere establecer determinados “límites” que definen (“delimitan”, valga la redundancia) *el ámbito y alcance de sus facultades de goce y disposición del suelo de su propiedad*. Más allá de este ámbito jurídico, así delimitado por el ordenamiento, el propietario podrá tener, si es que lo tiene, un interés desmedido pero que, como tal, no estará protegido por el Derecho. Es así, en definitiva, como la especial estructura de la ordenación urbanística ha venido a sustituir a la regulación civil del contenido de la propiedad del suelo

³⁰⁶ La doctrina alemana, desde GIERKE, distinguió por eso con toda corrección entre *Eigentumsbegrenzung*, delimitación de la propiedad, que define su contenido normal, y *Eigentumsbeschränkungen*, limitaciones de la propiedad, que reducen o condicionan o comprimen, en situaciones singulares, ese contenido normal que la Ley ha diseñado previamente. Lo que sobre la propiedad inmueble opera la Ley del Suelo y los instrumentos de ordenación urbanística que ella habilita, los Planes en primer término, al determinar preceptivamente los usos posibles sobre los predios, es, justamente, establecer esos “límites” intrínsecos que “definen el contenido normal” del derecho de propiedad inmueble (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, I, Edit. Cívitas, 1979 (pág. 409).

establecida en el artículo 350 del CC por una nueva regulación material de dicho contenido por aquella ordenación³⁰⁷.

La profundidad del cambio producido por esta ulterior regulación material no afecta, sin embargo, a la definición legal, abstracta y general, del derecho de propiedad, contenida en el artículo 348 del CC, como en otro lugar de este estudio se ha considerado. No procede volver pues sobre ello, aunque sí respecto a la significación del concepto de “limitaciones” legales a que, como salvedad, este precepto civil se refiere. Tradicionalmente estas “limitaciones”, como es sabido, se han caracterizado como restricciones *externas* del contenido del derecho de dominio, cuyas facultades vienen a reducir o restringir las leyes; lo que, en principio, permitiría diferenciarlas del concepto de “límite” a que antes se ha aludido, vinculando este concepto al de “delimitación” o fijación del contorno o perímetro del contenido “normal” –estatutario- del derecho de propiedad; regulación que en todo caso ha de respetar, por ser indisponible incluso para el legislador ordinario –y para la Administración³⁰⁸-, el contenido “esencial” del derecho (art. 53.1 CE), que cumple desarrollar a ambos mediante la correspondiente regulación normativa.

La doctrina y la jurisprudencia suelen utilizar ambos términos de forma indistinta, al referirse a las “limitaciones” legales del dominio y a los “límites” conformadores del derecho mismo³⁰⁹, sin perjuicio de la significación propia que *sensu contrario* cumplen éstos específicamente desde la perspectiva constitucional (art. 33.2 CE) de la delimitación legal del derecho de propiedad y de la función social que este derecho ha de cumplir.

Ahora bien, la norma del artículo 348 CC es una norma abstracta y suficientemente elástica como para adaptarse a la nueva realidad social y jurídica en que hoy se desenvuelve la propiedad, como ha considerado la doctrina (HERNÁNDEZ GIL, MONTES PENADÉS, BARNÉS VÁZQUEZ), porque nuestro ordenamiento jurídico cuenta también con un soporte hermenéutico para poder entender que el concepto de “limitaciones” legales del derecho de propiedad haya de entenderse ahora, en el contexto del actual Estado de Derecho, interpretándolo en un sentido –social- para adaptarlo a la nueva realidad

³⁰⁷ *Ob. cit.* en la nota anterior, pág. 409 y s.

³⁰⁸ También la Administración vulneraría el núcleo duro del derecho de propiedad privada, considera GÓMEZ-FERRER MORANT, si no actúa en tiempo hábil, en caso de procedimientos administrativos de larga duración. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en su sentencia de 5 de enero de 2.000, dictada en el caso *Beyeler c. Italia*, que detalladamente estudia el autor citado. (“Indefinición temporal y derecho de propiedad: a propósito de la sentencia *Beyeler c. Italia*, de 5 de enero de 2000”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000, págs. 413 y ss.).

³⁰⁹ Véase al respecto lo expuesto *supra*, en el Capítulo Tercero, epígrafe IV, apartado 1, y la bibliografía allí citada.

jurídica y constitucional; por lo que no solo la definición abstracta y general que el CC contiene de este tipo de derecho, sino también esa referencia a las limitaciones de su contenido, son los suficientemente genéricas como para englobar no solo las que tradicionalmente lo restringen “externamente”, sino también cualquier otro límite que la moderna función social legalmente le imponga. El precepto del artículo 3 CC constituye suficiente soporte hermenéutico para poderlo entender así, a nuestro juicio. Una interpretación *lato sensu* del concepto de “limitaciones” utilizado por el artículo 348 del propio CC posibilita así incluir hoy en el mismo a todo tipo de restricciones, no solo negativas –de no hacer o de soportar-, como se ha entendido a las clásicas, sino también incluso las positivas, de hacer y de dar (deberes funcionales y cargas jurídicas), del derecho de propiedad; supuesto que la función social que este derecho ha de cumplir es siempre restrictiva del mismo, tanto en un sentido como en otro.

2. Deberes legales de los propietarios de suelo susceptible de transformación urbanística

El principio constitucional de reserva de ley relativa al derecho de propiedad privada (art. 33.2 CE) impone que toda limitación o restricción de este derecho ha de tener cobertura jurídica en una norma con rango formal de ley que habilite su imposición, aunque la propia Constitución –como dice la citada sentencia constitucional 37/1987- flexibiliza la reserva de ley en lo que concierne a la delimitación de su contenido y de la función social, permitiendo implícitamente la colaboración normativa de la Administración “de acuerdo con las leyes”, que el supremo intérprete de la Constitución justifica cuando la remisión a la norma administrativa (reglamento, plan) sea “inexcusable”, como “en el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, [en el que] las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse”.

La imposición legal de restricciones y deberes positivos a los propietarios de suelo con vocación urbana viene establecida, sin embargo, por el legislador estatal y por el legislador autonómico, como consecuencia del concurso de diversas competencias constitucionales y estatutarias atribuidas, por el llamado bloque normativo constitucional, al Estado y a las distintas Comunidades Autónomas, en virtud de distintos títulos competenciales³¹⁰. La intervención

³¹⁰ Al Estado fundamentalmente al respecto, por el artículo 149.1,1º CE, y a las Comunidades Autónomas en virtud del artículo 148.1,3º CE en conexión con el respectivo Estatuto de Autonomía (que en todas ellas, se ha asumido como competencia exclusiva la materia de urbanismo). (*Vid.* Capítulo Segundo, epígrafe V).

legislativa estatal trata de asegurar que *todos* los propietarios de suelo tengan un tratamiento unitario en condiciones de igualdad (y proporcionalidad), en todo el territorio nacional, mientras que la legislación autonómica incide en el derecho de propiedad privada del suelo desde la perspectiva de la ordenación territorial y urbanística de este tipo de bien, pero sin perjuicio de la normativa básica estatal asimismo reguladora del suelo y aplicable en toda España.

De aquí que, según esto, sea necesario referirse primero al régimen básico de los deberes y cargas que impone al respecto la legislación del Estado (contenida en la LS-TR de 2008), así como complementariamente a la legislación urbanística autonómica al respecto.

A) *Deberes y cargas impuestos por la legislación estatal de suelo en caso de actuaciones de transformación urbanística*

Más atrás se ha tratado en general de las distintas técnicas jurídicas utilizadas para instrumentar la función social de la propiedad, y que, a partir de la formulación que se hiciera en la doctrina italiana por S. RODOTÁ, han seguido otros civilistas en la nuestra³¹¹. Una de ellas se refiere a las obligaciones y cargas que se imponen legalmente y que condicionan el ejercicio de su derecho de dominio por el propietario, y que vienen a constituir los llamados deberes funcionales, que legalmente obligan al propietario a realizar una prestación positiva, esto es, de dar o de hacer (a diferencia de las clásicas limitaciones) y que en rigor jurídico vienen a constituir más bien verdaderas cargas, en cuanto se imponen legalmente a un sujeto para que éste pueda efectuar el ejercicio de su propio derecho: así, al propietario de suelo se le impone un conjunto de deberes (cesiones de suelo, costear la urbanización, etc.), que comporta llevar a cabo la transformación urbanística de una determinada superficie de terreno, para que ese propietario pueda ejercitar su derecho de propiedad y, en concreto, el ejercicio del *ius aedificandi*, construyendo en una parcela edificable que ha de tener la condición de solar. Ni que decir tiene que estas cargas, en cuanto impuestas por normas de Derecho público, constituyen *deberes públicos* aunque recayentes sobre el derecho civil de propiedad privada, por razón de la utilidad o interés general (función social) a que responde la imposición de aquéllas.

En nuestro ordenamiento jurídico, este tipo de deberes u obligaciones legales tiene carácter *propter rem*, por lo que recaen independientemente de quien sea en cada momento el titular del dominio; y aunque con diverso alcance, las sucesivas leyes estatales de suelo, desde la Ley de 1956 hasta la vigente de 2007-TR de 2008, pasando por las reformas de la primera (1975 y 1990), han establecido un régimen de la propiedad urbana que incluye en su

³¹¹ Vid. Capítulo Tercero, epígrafe IV.

estatuto la imposición de cargas jurídicas de este tipo, aunque la Ley de Suelo actual (TR de 2008) ha introducido como novedad en el régimen de las “actuaciones de transformación urbanística”³¹², imponer estos deberes a la “promoción” de estas actuaciones, ante la posibilidad de que el promotor sea o no propietario del suelo en el ámbito superficiario donde se localice la actuación, en ejecución del planeamiento. Esto dependerá del “sistema de actuación”, o procedimiento de gestión de la urbanización, elegido por la Administración, para llevarla a cabo.

Por lo general, los “sistemas de actuación” –regulados por la legislación urbanística autonómica-, ya sean promovidos por la Administración (como el sistema de cooperación) o por los propietarios (como los de compensación o concertación), hacen recaer los deberes y cargas a los propietarios; sólo cuando mediante concurso y con posible participación de éstos, es elegido por la Administración, como “agente urbanizador” un tercero no propietario (como puede suceder en el sistema de concurrencia), se plantearía la cuestión de quien asumiría esas cargas. La vigente Ley estatal ha sustituido el término de cesión obligatoria, que utilizaba la legislación estatal de suelo precedente, por el de “entrega” a la Administración de suelo para dotaciones públicas (viales, etc.) y para localizar el aprovechamiento urbanístico que también ha de recibir aquélla; pero realmente estas “entregas”, aunque las realice un promotor no propietario, las han de soportar los propietarios a su costa³¹³, aunque sean propuestas por aquél al formular el proyecto de reparcelación y se apruebe éste por la Administración, con el efecto de “entrega” que esta aprobación determina cuando adquiera firmeza en vía administrativa, conforme a la legislación urbanística.

a) Los deberes y cargas que comportan legalmente las actuaciones de transformación urbanística del suelo, según la LS-TR de 2008, vienen

³¹² Toda transformación urbanística, sea ésta nueva o bien de re-urbanización (reforma o renovación de la existente), comporta, como dice PAREJO ALFONSO L. y ROGER FERNÁNDEZ, G., “la reorganización jurídica de dicho ámbito conforme a la ordenación ejecutada y en términos de i) generación de nuevos bienes inmuebles (fincas, parcelas y solares), ii) división de éstos según su sujeción al régimen del dominio público o al de propiedad privada; y iii) asignación de los mismos, bien a la Administración pública competente para ello, bien a quienes deban ser sus nuevos titulares. Para todo lo cual es indispensable la afectación objetiva (real) del suelo afectado al resultado de la ejecución, sin perjuicio de que la obtención efectiva de éste deba tener lugar de un modo u otro según intervengan o no los propietarios en dicha ejecución”. En *Comentarios a la Ley del Suelo* (Ley 8/2007), en colaboración con ROGER FERNÁNDEZ, G., Edit. Iustel, 2007 (pág. 211 y s).

³¹³ Los propietarios tendrán derecho por ello a recibir del promotor, en este caso, las parcelas resultantes de la urbanización, pero han de costear la obra urbanizadora (*vid.* al respecto, los arts. 188.2 y 3, 189 y 190 del TR de la Ley del Suelo de la Región de Murcia y, en parecidos términos, el art. 88 de la Ley 5/1999, de Castilla y León).

básicamente establecidos por ésta, de modo general y uniforme, en su artículo 16, que guarda estrecha conexión con el más genérico contenido en el artículo 9 de la misma Ley.

- En primer lugar, tenemos el *deber de “entrega” a la Administración del suelo destinado por el planeamiento urbanístico para dotaciones públicas*: “para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación [de transformación urbanística] o adscritas a ella para su obtención” (art. 16.1,a)³¹⁴.

Con referencia a este deber específico de “entrega de suelo”, PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ consideran que “no supone pérdida patrimonial alguna, sino cumplimiento de una condición legal indispensable para la generación de parcelas-solares y la realización y patrimonialización de la edificabilidad de que éstas sean susceptibles” y que el deber “comprende todo el suelo reservado para todas las dotaciones públicas”, incluyendo así la “entrega” de suelo tanto el destino para los denominados sistemas locales como para los sistemas generales³¹⁵. Nos parece excesivo: 1º, afirmar que no supone pérdida patrimonial alguna para el propietario del suelo: esta suposición podrá hacerse en su caso para el promotor no propietario, pero no –y menos con esa rotundidad- respecto a los propietarios de terrenos del ámbito de la actuación urbanística, en la medida en que ésta ha de compensarles con el “beneficio” o valor que constituye el aprovechamiento urbanístico patrimonializable que la ordenación urbanística les asigne en dicho ámbito; y 2º, a esta consideración ha de unirse la relativa a la extensión o *alcance* del deber legal a cumplir, que cabal y justamente habría de ser el del servicio que han de prestar esas dotaciones públicas, locales y generales, en el ámbito de la actuación urbanística de que se trate: no sería así justo, por desproporcionado, que por ejemplo un vial o una zona verde que formara parte del “sistema general” local hubieran de soportarlo los propietarios de suelo situado en un determinado polígono o “unidad de ejecución”, a cuyo servicio –y no del de toda la comunidad local, no

³¹⁴ En la redacción originaria del art. 16.1,a, su párrafo 2 admitía la posibilidad de que, en las “actuaciones de dotación” (que define el art. 14.1,b, de la propia LS estatal), pudiera sustituirse la entrega de suelo por “otras formas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación sobre ordenación territorial y urbanística” (que en algunos supuestos prevé la posible sustitución de la especie de suelo por una compensación en dinero, entre “otras formas de cumplimiento del deber”). Redacción que ha sido modificada por la Ley 8/2013 (art. cit. apartado 2, referente a dicho tipo de actuaciones, que incluye además de dicha posibilidad, la sustitución de dicho deber por superficie edificada o por edificabilidad, en caso de imposibilidad física de materializar la edificabilidad en el ámbito de actuación o por otra forma de cumplimiento del deber previsto en la legislación territorial o urbanística.

³¹⁵ *Comentarios a la Ley ...*, pág. 213 y s.

digamos, regional o estatal a que sirven determinados “sistemas generales”-, han de prestar su utilidad general las dotaciones públicas a situar en el ámbito de aquél o aquélla, mucho más reducido que el de los “sistemas generales”, incluso locales, que sean de ámbito superior.

El principio de igualdad incluye, para ser compatible con el valor de justicia, el de proporcionalidad, en función, pues, del ámbito de la utilidad y servicio que haya de prestar la dotación pública de que se trate: así, v. gr. un centro de enseñanza básica que haya de dar servicio a una determinada parte de la población justificaría que el suelo en que haya de ubicarse esta dotación pública debiera ser cedido por los propietarios del ámbito de un polígono o unidad de actuación, al que preste servicio, no así de los terrenos para un IES o una Universidad, en cuanto estas dotaciones cumplen una función al servicio de un ámbito espacial y demográfico superior. Lo lógico en estos casos –y parece que lo justo- es que el coste del suelo para estas dotaciones públicas, que sirven a toda la comunidad, sea sufragado por todos los ciudadanos mediante los impuestos, aplicando cuando sea necesario la expropiación forzosa.

En este sentido, la legislación urbanística estatal precedente mantenía esta exigencia de proporcionalidad, desde la LS de 1956 y su reforma de 1975 (TR-1976)³¹⁶, al regular la delimitación de polígonos o ámbitos de actuación. La LS-TR de 1992 (art. 144) remitía esta operación delimitadora de “unidades de ejecución” a la legislación urbanística (autonómica), si bien establecía que las cargas urbanísticas –lo mismo que los beneficios- debían repartirse entre los afectados por la ejecución del planeamiento (art. 20), que lógicamente se entendía en el ámbito de cada una de aquéllas³¹⁷; y la LS/1998 establecía

³¹⁶ La LS/76 en su artículo 104 establecía las reglas o normas a que debía atenerse la delimitación de polígonos de actuación y, en su apartado 2, establecía que “no obstante, si en un polígono se emplazare algún elemento urbano, como parque u otro de coste elevado, para el servicio de una mayor extensión territorial, se entenderá constitutiva toda ella como un polígono, a los fines de la distribución justa entre los propietarios de los beneficios y cargas del planeamiento y urbanización”. Por ello, aparecía un nuevo concepto en la propia Ley, el de “sector” (art. 116.4º, sobre el “sistema de compensación”). Lo que no era, ni es concebible, entonces ni ahora, es que los propietarios de suelo de un polígono o sector hayan de ceder el suelo donde haya de situarse un “sistema general”, es decir, que sirva a toda la comunidad (local, regional, estatal), porque lógica y justamente en este supuesto ha de ser la comunidad correspondiente, a través de su Administración, la que sufrague su coste.

La LS-TR de 1976, al regular la delimitación de “polígonos” establecía, asimismo, “que por sus dimensiones y características de la ordenación, sean susceptibles de asumir las cesiones de suelo derivadas de las exigencias del Plan y de los Programas de Actuación Urbanística” (art. 117.2,a). Cfr. asimismo, el apartado 3 de este artículo legal y el art. 36 de su Reglamento de Gestión Urbanística (1978).

³¹⁷ O, eventualmente, dentro de una misma área de reparto, la obtención de terrenos destinados a dotaciones públicas locales, mediante “ocupación directa”, que habilitaba a la Administración mediante el reconocimiento a su titular del derecho a integrarse en una unidad de ejecución “excedentaria”, es decir, con exceso de aprovechamiento, que la LS/92 regulaba en el régimen de las TAU’s (art. 203), a que se ha hecho referencia en el capítulo anterior; y que ha pasado a la

asimismo el derecho de los propietarios al justo reparto de las cargas –y beneficios- “entre todos los propietarios afectados por cada actuación urbanística, en proporción a sus aportaciones” (art. 5), lo que asimismo establece la vigente LS-TR de 2008, en su artículo 8.3 y 5 (apartado c), que reitera la exigencia del principio de proporcionalidad del reparto justo –dice equitativo- entre *todos* los propietarios afectados por la actuación, que hay que sobreentender en un determinado ámbito de ejecución, que hoy regula la legislación autonómica en la materia.

Todo lo cual viene a avalar, a nuestro juicio, la crítica a la posición defendida por dichos autores, especialmente respecto al alcance del deber de “entrega” de suelo para dotaciones públicas y que no por referirlo a la “promoción” de dichas actuaciones dejan de recaer tales deberes legales asimismo en los propietarios de suelo; a salvo, y en la medida, en que el promotor no propietario no lo asumiera a su costa en cuanto al exceso (que trascienda del servicio del ámbito de la actuación) para poder obtener, en concurrencia (art. 6.2), la condición de “urbanizador”. Las obligaciones *adicionales* asumidas así por el promotor por vía de convenio o negocio jurídico con la Administración, no podrán imputarse por ello a los propietarios, en la medida en que excedan de los deberes impuestos legalmente a éstos (*vid.* el art. 16.3 de la LS-TR de 2008, que ha pasado al art. 6.3 por la Ley 8/2013), asumiendo pues el promotor esas obligaciones adicionales.

- Otro *deber* que comporta legalmente la promoción de las actuaciones de transformación urbanística es el de “entregar” a la Administración un determinado porcentaje de aprovechamiento urbanístico (o como de forma eufemística, la Ley de Suelo estatal dice “edificabilidad media ponderada de la actuación”: art. 16.1,b), que también se ha criticado porque en definitiva su coste será repercutido también por el promotor en el precio de la vivienda, por lo que será el adquirente final quien soporte, en definitiva, la parte del coste que el aprovechamiento urbanístico cedido represente.

Se trata de un deber que también se enmarca en el principio de recuperación de plusvalías (art. 47, pfo 2, CE). La LS estatal dice asimismo que el cumplimiento de este deber ha de hacerse mediante “entrega” a la Administración, que lógicamente ha de referirse a los terrenos en que se localice

vigente legislación urbanística autonómica (así, en la Región de Murcia, en su LS-TR de 2005, arts. 194 y s). Supuesto éste en el que, mediante esta singular modalidad expropiatoria, la *compensación al propietario* de terrenos destinados a la ejecución de una dotación pública (viario, zona verde ...), se hace *en especie*, es decir, en *aprovechamiento urbanístico*, a materializar en una unidad de actuación “excedentaria”, a la que tal dotación viene “adscrita”, según la terminología legal. En este supuesto, el “beneficio” o aprovechamiento mayor que reciben determinados ámbitos o unidades de actuación es el que permitirá “cargar” a él la compensación hecha a propietarios “adscritos”, procedentes de otros ámbitos o unidades (deficitarias), para obtener la Administración los terrenos dotacionales.

el aprovechamiento urbanístico o “edificabilidad” (conceptos no exactamente equivalentes, puesto que ésta ha de ponderarse con otros elementos fijados por el plan urbanístico –uso, tipología, etc.- para determinar el aprovechamiento tipo, medio o de referencia del sector o área de reparto, como es sabido, para fijar su valor como aprovechamiento *lucrativo*; a diferencia del anterior deber urbanístico de cesión de terrenos para dotaciones *públicas*). Se trata, en definitiva, de un deber legal cuyo cumplimiento ha de hacerse en especie (suelo), aunque la Ley admite excepcionalmente que se haga mediante “otras formas de cumplimiento”, a determinar por la legislación territorial y urbanística, con la salvedad de que el suelo esté destinado a vivienda de protección pública (excepción de la excepción que supone así una vuelta a la regla general de cumplimiento del deber de entrega en especie).

El porcentaje de aprovechamiento urbanístico de cesión obligatoria a la Administración (normalmente, a la municipal) corresponde fijarlo al legislador autonómico, competente en esta materia, aunque no puede ser inferior al 5%, ni superior al 15%³¹⁸; por lo que la legislación urbanística autonómica precedente, que, por lo general, fija el porcentaje de aprovechamiento urbanístico de cesión obligatoria a la Administración en el 10%, al estar comprendido en esa llamada horquilla establecida por la LS estatal de 2007, TR de 2008, continúa en vigor (así, en la Región de Murcia, según su LS-TR de 2005, artículo 80,d; porcentaje que se reduce al 5% en suelo urbano no consolidado, conforme al art. 69.1,b). Porcentaje que habría de fijarse aplicando el aprovechamiento tipo, medio o de referencia del sector o área de reparto al ámbito de la actuación urbanística (unidad de ejecución o actuación), conforme a la legislación autonómica, que después se cita³¹⁹.

Será, en definitiva, el proyecto de equidistribución (reparcelación) el instrumento técnico-jurídico que determine, concretamente en el ámbito de la actuación o ejecución a urbanizar, el porcentaje de aprovechamiento que a la Administración corresponda y el suelo donde se localice, así como por otra parte, el reparto del 85, 90 ó 95% restante entre los propietarios de terrenos a urbanizar, en proporción a la superficie o valor de los terrenos aportados. La “entrega” a la Administración del suelo en que localice su aprovechamiento se producirá *ope legis*, como efecto de la aprobación definitiva del proyecto de reparcación, una vez que ésta sea firme en vía administrativa.

³¹⁸ Aunque excepcionalmente la Ley admite incrementar el porcentaje hasta el 20% en el supuesto a que se refiere el art. 16.1, b, pfo 3 LS/2008.

³¹⁹ En las actuaciones no sistemáticas o “aisladas”, que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo ya urbanizado (normalmente, se trata de actuaciones en suelo urbano consolidado), que la LS estatal denomina “actuaciones de dotación” (art. 14.1,b); *vid.* la Disp. Transitoria Segunda de la propia Ley.

Por lo demás, este deber legal tiene carácter finalista, ya que el suelo –libre de cargas de urbanización- en que se localice el aprovechamiento urbanístico y que recibe la Administración, viene también legalmente destinado a patrimonio público del suelo, como es el municipal por regla general³²⁰.

- De otra parte, respecto al *deber legal de costear los gastos que comporta la ejecución de la urbanización*, su financiación asimismo la impone la Ley al “promotor” de la actuación urbanística, aunque su coste va a recaer sobre los propietarios del suelo situado en el ámbito de la propia actuación³²¹, puesto que son éstos quienes, en definitiva, perciben el beneficio de las plusvalías derivadas de la actuación urbanística (incluso en el caso de que ésta sea realizada por el urbanizador-gestor). En los costes de las obras de urbanización se incluyen, según la legislación urbanística autonómica, no solo el de las propias obras proyectadas en el ámbito o unidad de actuación o ejecución (viario, suministro de agua potable y saneamiento, alumbrado público y suministro de energía eléctrica, arbolado y jardinería), sino también el coste de la documentación técnica precisa (plan parcial, proyecto de urbanización y de reparcelación), así como de las obras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y refuerzo de las existentes fuera del ámbito de actuación (incluidas las de potabilización, suministro y depuración de agua); y las indemnizaciones a los titulares de derechos sobre construcciones y edificios que hayan de ser demolidos³²² y de obras, instalaciones y plantaciones que no puedan conservarse.

El coste recae, en todo caso, sobre los propietarios de suelo, independientemente del llamado sistema de actuación, sea éste de gestión privada (concertación, compensación, ...) o pública (cooperación), incluso en el

³²⁰ Cfr. el art. 16.1,c, LS-TR de 2008 (redactado por la Ley 8/2013), en conexión con los arts. 38.1 y 39.1 (redactado éste por la Ley 8/2013) de la LS estatal.

³²¹ Incluso en el caso de que el promotor sea un tercero, no propietario, encargado de gestionar y financiar las obras pero a costa de los propietarios; sin perjuicio de los acuerdos a que, en su caso, llegare con éstos en cuanto a la forma o modo de retribuir al urbanizador-gestor mediante el pago de cuotas de urbanización o de cesión de suelo, u otra fórmula que convinieren, sin perjuicio de la posibilidad coactiva de subrogarse como “beneficiario” de la expropiación forzosa en caso de falta de acuerdo con determinados propietarios o en caso de que éstos lo soliciten (véase así, sobre la ejecución de la urbanización, en el sistema de concurrencia, la LS de la Región de Murcia, arts. 188, 189.1 y 6 y 190.1, c).

³²² A los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual, se les garantiza legalmente su derecho al realojamiento y retorno (art. 16.1,e y Disp. Adicional 11ª LS-TR de 2008). Esta última Disp. Ad., en su pfo 1, se refiere a una actuación urbanística expropiatoria; cuando es de otro tipo, habrá que estar a la legislación autonómica y, en todo caso, a la legislación de arrendamientos urbanos (Disp. Ad. 8ª de la LAU de 1994 y, en su defecto, la LAU de 1964, sin perjuicio de la especialidad que, a este respecto, establece la legislación del suelo y la urbanística).

supuesto de que el gestor no sea propietario. Aunque la LS estatal-TR de 2008 hace recaer el deber legal sobre la “promoción”, es la legislación autonómica la que regula y determina *ratione materiae* quienes pueden adoptar la iniciativa de la actuación urbanística, pero aunque ésta sea pública –salvo en el sistema de expropiación- la Administración no participa en el pago de los costes de las referidas obras de urbanización, que, junto con el suelo, ha de “entregarle” el urbanizador, una vez realizadas las obras (para su recepción por aquélla, como bienes de dominio público). Se trata, pues, de un deber legal de los propietarios que responde al mandato constitucional de que la comunidad –y por ésta, su instrumento gestor que es la Administración- participe en las plusvalías derivadas de la acción urbanística.

En el caso de que sea un tercero no propietario el que, mediante concurrencia o concurso público, resulte adjudicatario de la condición de “urbanizador” (gestor), corresponderá a éste ejecutar la urbanización y presentar los proyectos de urbanización y de reparcelación, así como instrumentar la gestión y financiación de las obras necesarias, aunque han de ser los propietarios quienes retribuyan al “urbanizador” (bien abonándole las cuotas de urbanización, fijadas en el proyecto de reparcelación aprobado por la Administración, o bien en especie, mediante la cesión de solares, es decir, de suelo urbanizado y edificable). El urbanizador no propietario realiza, pues, una función gestora: ejecuta las obras de urbanización y es el que viene obligado a entregarlas, una vez concluidas, a la Administración, pero el coste de aquéllas ha de ser aportado por los propietarios de terrenos, como consecuencia del beneficio que éstos obtengan por su transformación urbanística.

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que los propietarios tienen derecho al reintegro de los gastos de instalación de las redes de servicios con cargo a las empresas prestadoras de éstos (electricidad, gas, telecomunicaciones), siquiera sea en los términos regulados en la legislación sectorial en cada caso aplicable³²³, a que remite la LS estatal (art. 16.1,c).

b) Los *terrenos* situados en el ámbito de la actuación de transformación urbanística (polígono, unidad de ejecución o de actuación) y, en su caso, los

³²³ Aunque es cierto que la aplicación de esta regla ha dejado mucho que desear en la práctica, su recuperación es inobjetable y tanto más pertinente, cuanto que la liberalización de muchos de los servicios típicamente urbanos hacen insostenible la incorporación sin más de las obras e instalaciones ejecutadas al patrimonio de las referidas empresas, toda vez que ello supone un enriquecimiento injusto por parte de éstas (PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ, *ob. cit. Comentarios a la ...*, pág. 217). La reforma de dicho art. 16.1,c, LS-TR de 2008, aprobada por la Ley 8/2013 modifica la remisión que aquélla hacía a la legislación aplicable, con referencia ahora a “los términos que se estipulen en los convenios que al efecto se suscriban y que deberán ser aprobados por la Administración actuante. En defecto de acuerdo, dicha Administración decidirá lo procedente”. En cualquier caso, habrá que entenderse, que de conformidad con la legislación aplicable.

“adscritos” a ella, vienen legalmente *afectados, con carácter de garantía real*, al cumplimiento de los deberes anteriores (art. 16.2 LS estatal-TR de 2008 = art. 16.6, según la Ley 8/2013), por lo que sobre dichos terrenos y, por ende, sobre sus titulares, recae una obligación real, en cuanto que sobre ellos pesa legalmente la afección de los correspondientes terrenos mientras tanto no se cumplan tales deberes por sus propietarios.

Ahora bien, la propia Ley establece (en el apartado 2 del citado art. 16) una presunción de cumplimiento de dichos deberes a partir del acto de recepción por la Administración de las obras de urbanización o, en su defecto (en caso de falta de recepción formal expresa de dichas obras, por inactividad de la Administración), a partir del término del plazo en que debiera haberse producido la recepción, a contar este plazo desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras (sin perjuicio de las obligaciones que deriven de las cuentas de liquidación definitiva de la actuación). Se trata de una presunción legal *iuris et de iure*, aunque con los problemas inherentes a la recepción de las obras de urbanización, especialmente en el caso de que la recepción no sea expresa, sino tácita³²⁴.

B) *Deberes y cargas urbanísticas de los propietarios en la legislación autonómica*

En el ámbito territorial de cada una de las Comunidades Autónomas, la legislación urbanística respectiva regula la clasificación del suelo, esto es, las clases y categorías en las cuales el planeamiento general municipal ha de estructurar su territorio de conformidad con el correspondiente régimen estatutario aplicable a cada clase de suelo. En términos generales, la posibilidad de urbanizar suelo y, a este efecto, de transformar urbanísticamente la situación física de éste (así, de suelo materialmente rústico), solo cabe en terrenos clasificados como suelo urbanizable; clases de suelo respecto a las cuales la legislación autonómica limita, en principio, la imposición de un régimen de deberes y cargas urbanísticas, que no alcanzan, por ello, lógicamente al suelo clasificado como urbano y que se halle ya urbanizado (donde no existe el deber de cesión de terrenos para dotaciones públicas, ni de aprovechamiento urbanístico, ni costear la urbanización; sin perjuicio de la posibilidad excepcional de operaciones de re-urbanización, esto es, de renovación o mejora urbana)³²⁵, ni tampoco caben desarrollos urbanísticos en suelo clasificado por el planeamiento como suelo no urbanizable.

³²⁴ En la Región de Murcia, véase el art. 163 de su LS-TR de 2005, sobre la recepción de las obras de urbanización, LÓPEZ PELLICER, J.A. y PÉREZ ALCARAZ, S.: *Derecho Urbanístico de la Región de Murcia*, Edit. DM, Murcia, 2006, pág. 186 y s.

³²⁵ En el suelo urbano consolidado, la ejecución de obras “ordinarias” o complementarias de la urbanización existente permite renovar o completar las infraestructuras mediante actuaciones aisladas y “asistemáticas” sobre la propia parcela, con cesión en su caso a la Administración del

En consecuencia, el régimen legal de deberes y cargas urbanísticas que han de soportar los propietarios, se refiere a los terrenos situados en suelo urbano sin consolidar por la urbanización o en suelo clasificado como urbanizable, en que los propietarios tienen derecho a efectuar su transformación urbanística para convertirlos en suelo urbanizado pero asumiendo el cumplimiento de una serie de deberes legales –los impuestos por la LS estatal (*supra*) y que concretan las normas urbanísticas de cada Comunidad Autónoma-; deberes cuyo cumplimiento condiciona el ejercicio del *ius aedificandi*, para poderse materializar en el terreno el aprovechamiento urbanístico fijado por el plan, como en capítulos precedentes se ha considerado.

La legislación autonómica dedica, en su respectivo régimen urbanístico, la correspondiente regulación de los deberes y cargas³²⁶ a cumplir por los propietarios en polígonos o unidades de actuación (“sistemática”). En términos generales, los deberes de los propietarios en este tipo de actuaciones urbanísticas, en suelo urbanizable y en suelo urbano no consolidado, vienen a coincidir con los establecidos por la LS estatal, que, por ser posterior a casi todas las leyes urbanísticas autonómicas –con sólo la excepción de la Ley aragonesa-, lógicamente hubo de tenerlas en cuenta, aún remitiendo genéricamente a ellas al establecer la Ley estatal unas condiciones *básicas* relativas a esos deberes a cumplir por los propietarios de terrenos al respecto (aunque con gran flexibilidad, como se ha visto, respecto a la cesión de aprovechamiento lucrativo a la Administración). A resaltar, no obstante, que explícita o implícitamente en las leyes autonómicas *el deber de cesión gratuita de terrenos destinados para dotaciones públicas* incluye los llamados “sistemas generales incluidos o adscritos” en el sector o ámbito de actuación (así, en la Ley andaluza 7/2002, art. 51.1,C,d; en la Ley canaria, su TR de 2000, art. 71.3,b y 72.2,b, o en Cataluña, su TR de 2010, art. 44.1,b y c; entre otras). Lo cual permite a la Administración obtener los terrenos simplemente “adscribiendo” a diversos

suelo exterior a la línea de edificación. Sólo excepcionalmente, se prevé la posibilidad de actuaciones urbanísticas “sistemáticas”, v. gr., en operaciones de reforma interior, mediante la delimitación de polígonos o unidades de actuación.

³²⁶ Así, en *Andalucía*, la Ley 7/2002 (Art. 51.1, C y D); en *Aragón*, la Ley 3/2009 (art. 35 y concordantes); en *Asturias*, el TR aprobado por Dec. Legislativo 1/2004 (art. 119.3, sobre deberes de los propietarios de suelo urbano no consolidado; y art. 140); en *Canarias*, el TR aprobado por el D. Legislativo 1/2000 (art. 71.1 y 3, para el suelo urbanizable ordenado, y 72.3, respecto a los propietarios de suelo urbano no consolidado); *Castilla-La Mancha*, el TR aprobado pro el D. Legislativo 1/2004 (art. 51.1, 2 y 52); en *Castilla y León*, la Ley 5/1999 (art. 18.3, sobre los deberes de los propietarios en suelo urbano no consolidado, y art. 20, en suelo urbanizable); *Cataluña*, el TR aprobado por Dec. Legislativo 1/2010 (arts. 43 a 46); *Extremadura*, la Ley 15/2001 (arts. 14 y 15); *Galicia*, la Ley 9/2002 (arts. 20 y 22); *La Rioja*, la Ley 5/2006 (arts. 44 y 47.2); *Madrid*, la Ley 8/2001 (arts. 18.2 y 21); *Murcia*, el TR aprobado por el Dec. Legislativo 1/2005 (arts. 69 y 80); *Navarra*, la Ley Foral 35/2002 (arts. 98.2 y 100); *País Vasco*, la Ley 2/2006 (art. 25); y *Comunidad Valenciana*, la Ley 16/2005 (arts. 21.2 y 23).

sectores de planeamiento las partes en que eventualmente se fraccionen las obras o infraestructuras públicas –que constituyen esos “sistemas generales”- (en lugar de acudir a la expropiación, lógicamente ésta con cargo al erario público); de manera que los propietarios de los terrenos objeto de cesión obligatoria a la Administración, vienen a ser compensados (salvo en caso de expropiación) con aprovechamiento urbanístico en el propio ámbito de la actuación urbanística, si la edificabilidad lo permite, o en otro ámbito a que vengan “adscritos”.

De otra parte, en suelo *urbano consolidado* por la edificación y urbanización, la inaplicación del precedente régimen urbanístico de deberes y cargas (conforme a la sentencia constitucional 365/2006, de 21 de diciembre, que declara la inconstitucionalidad de preceptos que establecían deberes de cesión de suelo dotacional y de aprovechamiento urbanístico para propietarios de dicha clase y categoría de suelo), no ha sido óbice a que la legislación urbanística autonómica establezca el deber de *completar*, a costa de la propiedad, la urbanización complementaria que sea legalmente precisa para que los terrenos edificables adquieran la condición de solar, así como el deber de cesión del suelo que quede fuera de las alineaciones a la vía pública fijadas por el planeamiento y supuesto que, para que tenga la condición de solar un terreno edificable, ha de afrontar a la vía pública. La legislación autonómica establece sin embargo límites a este deber (así, en la Comunidad Autónoma de La Rioja, la Ley 5/2006 establece, en su artículo 44.2, que esa cesión no puede exceder del 10% de la superficie total de la finca).

En cualquier caso, las cesiones de suelo para dotaciones públicas, en cuanto se destinan a una finalidad pública, bien se trate de uso público (viario, jardines, etc.) o de servicio público (centros de enseñanza, deportivos, etc.), a construir o instalar en los terrenos cedidos, quedan funcionalmente afectados como bienes de dominio público, normalmente local. Quedan así los terrenos cedidos a la Administración local destinados a la finalidad pública justificativa de su entrega a la misma, siéndoles por ello de aplicación el régimen especial de los bienes de dominio público³²⁷.

Por lo demás, la legislación autonómica establece, respecto al *ius aedificandi*, su configuración –además de facultad- como deber, que han de cumplir los propietarios de terrenos urbanizados y edificables, cuando el planeamiento urbanístico establece plazos al efecto. A este deber de edificar en plazo se refiere de modo general la LS estatal-TR de 2008 (art. 9.1, pfo 2, que lo extiende también a las operaciones de rehabilitación, en su artículo 31.1), pero la aplicación e instrumentación jurídica de esta facultad –que, en su caso, también deviene en un deber de edificación forzosa-, por la legislación autonómica, se remite al planeamiento urbanístico de cada municipio para que sea éste el que,

³²⁷ BAÑO LEÓN, J. M^a: *Derecho Urbanístico Común*, Edit. Iustel, 2009, pág. 470.

con conocimiento de la realidad local y de la necesidad en su caso (así, de escasez o falta de suelo edificable), establezca el deber de edificación de los solares, fijando en su planeamiento plazo al efecto³²⁸.

En lo que se refiere, por otra parte, al *deber de cesión de aprovechamiento urbanístico lucrativo*, la legislación autonómica cifra, por lo general, en el porcentaje del 10 por 100 del aprovechamiento tipo, medio o de referencia, en el sector (plan parcial) o ámbito correspondiente; y que el suelo donde se ubique sea urbanizado también a costa de los propietarios; por lo que correlativamente, el derecho de éstos se limita por lo general al 90 por 100 restante. Regla ésta que, sin embargo, se exceptúa al alza, en las actuaciones en suelo urbanizable, o a la baja, en suelo urbano sin consolidar (hasta el 5 por 100), dependiendo de que el planeamiento así lo justifique como necesario para hacer viable la actuación urbanística. Lógicamente, estas posibilidades excepcionales han de moverse dentro de los límites que establece, a este respecto, la LS estatal-TR de 2008 (artículo 16.1,b), como se ha visto anteriormente, y que por lo general se cumplen por la legislación urbanística autonómica (cit. en la nota 32).

IV. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD URBANA EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL

El derecho de propiedad privada se ve limitado también, por exigencias derivadas del principio de función social, en materia de suelo, y en especial por consecuencia de la protección jurídica del dominio público que impone, asimismo por razones de interés general, determinadas restricciones a los terrenos y fincas contiguas a los cauces de las corrientes de aguas, que deben ser deslindados de aquéllos y que cuentan con un régimen de servidumbres y afecciones (que establece la Ley de Aguas, TR de 20 de julio de 2001), como también de las fincas y terrenos contiguos a las costas marítimas para proteger el espacio del litoral y concretamente el llamado demanio marítimo-terrestre. Desde la perspectiva del derecho de propiedad privada de los inmuebles afectados, se trata evidentemente de limitaciones legales, ya que vienen impuestas por ley (en virtud del principio de reserva legal relativa del artículo 33.2 de la vigente Constitución) para cumplir una finalidad de interés público (a diferencia de otro tipo de limitaciones que también establece y regula la ley, pero en interés o utilidad privada de determinada persona, vecino o colindante, como la servidumbre de paso y la de luces y vistas reguladas por el CC).

³²⁸ La legislación del suelo y la urbanística autonómica regula, como medidas administrativas para el propietario incumplidor, la expropiación forzosa, la sustitución y la venta forzosa (así, en cuanto a éstas, la LS estatal-TR de 2008, arts. 36 y 37; en la legislación autonómica, la LS de la Región de Murcia-TR de 2005 cit., arts. 203 a 206). De modo general, en la doctrina iusadministrativista, BAÑO LEÓN, J. M^a, *ob. cit.* en la nota precedente, pág. 376 y ss.

El primer tipo de limitaciones legales, en cuanto responde a exigencias de interés general y público, cabe englobarlas así pues en la función social que limita el derecho de propiedad privada, aunque su fundamento próximo se halle en razón de la colindancia de fincas objeto de este derecho patrimonial con el de determinados bienes de dominio público, como los indicados. La terminología jurídica e incluso legal es confusa: unas veces se habla de “limitaciones”, otras de “servidumbres” (públicas o administrativas), pero en todo caso constituyen limitaciones o restricciones reguladas e impuestas de modo general por leyes³²⁹, y que incluso habilitan su concreta imposición administrativa, en determinados supuestos con indemnización (en caso de ocupación de la propiedad privada: expropiación parcial).

1. Limitaciones legales a los terrenos contiguos al cauce de los ríos

En materia de *aguas terrestres*, la regulación de las servidumbres contenida en nuestro CC (arts. 552 a 563), que viene afectada por la contenida en la Ley de Aguas y completada por su Reglamento de Dominio Público Hidráulico, incluye “en las riberas de los ríos, aun cuando sean de dominio privado” (como dice el artículo 553 CC), una “zona de uso público en interés general” (de la

³²⁹ A diferencia del derecho real de servidumbre, que como es sabido se impone a título singular (mediante pacto o resolución judicial firme) sobre una finca determinada en provecho de otra (servidumbre predial) o de una persona física o jurídica (servidumbre personal), las limitaciones son restricciones que se imponen legalmente sobre todos los fundos o inmuebles que se encuentran en una situación determinada, con carácter general (S. TS de 4 de junio de 1999).

Sobre el régimen del Código Civil se proyecta un conjunto de leyes administrativas (aguas, costas, carreteras, etc.), que imponen limitaciones, servidumbres, cargas, a la propiedad privada que “queda, en mayor o menor grado vinculada a finalidades distintas del propio interés económico de su titular”, y que se fundamentan en la “función social” –la “hipoteca social de que hablan las encíclicas pontificias”– que han de cumplir determinados tipos de bienes (ARIÑO ORTIZ, G.: *Economía y Estado*, Edit. Marcial Pons, 1993, págs. 82 a 84).

La sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 19 de julio de 2002 también fundamenta las limitaciones legales, y dentro de ellas las servidumbres forzosas, en la función social de la propiedad privada, con base en la jurisprudencia contenida en las sentencias constitucionales y del propio TS que la propia sentencia cita (entre otras, las SS TS de 29 de septiembre de 1989 y 31 de diciembre de 1989, 5 de marzo de 1991, 15 de diciembre de 1992 y 29 de enero de 1999). Y distingue de las limitaciones legales y, por ende, de las servidumbres forzosas, las servidumbres voluntarias, que pertenecen al campo de la autonomía privada. No son –dicen– “límites”, ni limitaciones legales. Se trata de gravámenes sobre fincas a favor de otras fincas (servidumbres reales, art. 530 Código Civil) o de personas (personales, art. 531 CC), que no responden a un fundamento de necesidad, sino de utilidad, en sentido muy flexible de beneficio o comodidad (incluso amenidad). Pueden convertirse para soluciones similares a las forzosas en sede de relaciones de vecindad, pero operan fuera del ámbito de la constricción legal, y obedecen a la autonomía de voluntad de los interesados (SS. 1 de marzo de 1994, 18 de abril de 1995 y 30 de diciembre de 1995, 1 de julio de 1996, 17 de junio de 1998 y 3 de noviembre de 1998, 3 de noviembre de 2000, 9 de marzo de 2001, entre otras; y RDGRN de 27 de junio de 1995).

navegación, la flotación, la pesca y el salvamento), que la referida Ley de Aguas amplía a cinco metros de anchura (art. 6.1,a) –que el citado precepto del CC la fijaba en tres metros-; así como una “zona de policía” del cauce, de cien metros de anchura, en la cual se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen en el mismo (zonas ampliables en las zonas próximas a la desembocadura en el mar, entorno inmediato a los embalses o lo requieran las condiciones topográficas o hidráulicas para la seguridad de personas o bienes)³³⁰.

Ahora bien, ya el propio CC (art. 553, pfo 3) establecía -y establece, en conexión con la legislación expropiatoria- que cuando sea necesario “ocupar” terrenos de propiedad particular, procede la correspondiente indemnización.

2. Limitaciones legales de los terrenos contiguos al dominio público marítimo-terrestre

En materia de *costas marítimas*, la Ley 22/1988, de 22 de julio, establece asimismo sobre los terrenos de dominio privado contiguos a la ribera del mar, por lo tanto, al dominio público marítimo-terrestre, una serie de “servidumbres” que limitan el dominio, y que recaen sobre determinadas franjas de suelo de anchura variable, que son: a) la “servidumbre de *protección*”, que recae sobre una zona de 100 metros, medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar –ampliable hasta un máximo de otros cien metros- (art. 23), y que transcurre paralela a la ribera del mar, es decir a la zona marítimo-terrestre; b) incluyendo lo anterior en su anchura la “servidumbre de *tránsito*”, recayente sobre una franja, también paralela a la zona marítimo-terrestre e inmediatamente contigua a ésta, de 6 metros –ampliables a 20, en lugares de tránsito difícil o peligroso-, medidas en la misma forma que la anterior, destinada para el paso público peatonal y de vehículos de vigilancia y salvamento, salvo en espacios especialmente protegidos (art. 27). c) A ellas se une la “servidumbre de *acceso al mar*”, perpendicular a éste y cuya longitud y anchura ha de ser “la que demanden la naturaleza y finalidad del acceso”, para garantizar el uso público y gratuito del dominio público marítimo-terrestre; si bien en las zonas urbanas y urbanizables establece la Ley (art. 28) que los accesos de tráfico rodado han de estar separados como máximo 500 metros, y los peatonales 200 metros.

³³⁰ Arts. 6.1,b, y 2, y 96 de la Ley de Aguas, y 8 de su Reglamento de Dominio Público Hidráulico (RD 849/1986, de 11 de abril). Para edificar o construir en ambas zonas se requiere autorización del Organismo de Cuenca, que sólo “en casos muy justificados” cabe otorgar en la “zona de servidumbre”; aunque en la “zona de policía” se admiten “construcciones de todo tipo, tengan carácter definitivo o provisional (art. 9.1,c, RD cit.); tipo de autorización que es independiente de cualquier otra, como la licencia urbanística municipal.

En los terrenos afectados por estas servidumbres están prohibidas legalmente determinadas obras y actividades, en función de garantizar respectivamente la “protección” del dominio público (art. 25, reformado por la Ley 2/2013, de 29 de mayo), el “tránsito” expedito por la zona así denominada (art. 27.3) y el “acceso al mar” (art. 28.4); y cuyas funciones y límites han de tenerse en cuenta por los instrumentos de ordenación territorial y el planeamiento urbanístico, a los cuales vincula.

Además de estas limitaciones legales, la propia Ley de Costas regula, en su artículo 28, una “zona de influencia” que recae sobre los terrenos situados en ella y cuya anchura ha de fijarse por la Administración competente en la ordenación territorial (autonómica) y urbanística (municipal) y que, como mínimo, la Ley fija en 500 metros a partir, asimismo, del límite interior de la ribera del mar, y estableciendo “criterios” básicos respecto a la construcción de aparcamientos de vehículos (“en cuantía suficiente para garantizar el estacionamiento fuera de la zona de servidumbre de tránsito”) y de las obras de edificación (para “evitar la formación de pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes “de edificación, que no podrá exceder de la media del suelo urbanizable programado o delimitado por el planeamiento).

3. Limitaciones legales impuestas a la propiedad privada de terrenos contiguos a carreteras y vías ferroviarias

En estas materias, según la legislación aplicable (estatal o autonómica, según la titularidad de las vías y la clase y características de éstas), vienen establecidas una serie de limitaciones a los terrenos o inmuebles colindantes al dominio público viario, asimismo en interés general. En términos generales y por lo que se refiere a las *carreteras*, la legislación aplicable a las estatales (Ley 25/1988, de 29 de julio) establece una “zona de servidumbre”, que comprende dos franjas de terreno de 8 metros -25 en las autopistas, autovías y vías rápidas- a cada lado de la vía, en cuya zona sólo pueden hacerse aquellas obras y usos que sean compatibles con la seguridad de la circulación vial y previa autorización administrativa (del Ministerio de Fomento), siendo indemnizable la ocupación de terrenos situados en la zona, así como los daños y perjuicios que se causen por su utilización (art. 22). Y hay otra “zona de afección”, que comprende 50 metros -100 en autopistas, autovías y vías rápidas-, a ambos márgenes, en la que también se requiere autorización administrativa para realizar cualquier tipo de obra o instalación, fija o provisional, cambiar el uso o destino de las mismas y plantar o talar árboles (art. 23), exigencia de autorización de dicho departamento que presupone implícitamente su prohibición en tanto no se obtenga aquélla. El *ius aedificandi* viene condicionado legalmente por la fijación de una “línea límite de edificación”, a cuyo efecto de fijarla se distingue según que el municipio dispusiere de planeamiento urbanístico aprobado o careciere de éste, lo que ha de tener en cuenta la

Administración de carreteras para fijar dicha línea límite (en la forma que regula el RD 1812/1994, art. 124). (La legislación autonómica aplicable a las carreteras de la respectiva Comunidad Autónoma, contiene una regulación similar).

De otra parte, respecto a los terrenos de dominio privado colindantes a las *vías ferroviarias* (de la red “de interés general”), la Ley 39/2003, de 17 de noviembre (que desarrolla el RD 2387/2004, de 30 de diciembre), también establece unas “zonas de protección”, a cada lado de la línea ferroviaria, de 70 metros (desde la arista exterior de la explanación: art. 14), dentro de cuyas zonas cualquier obra o instalación requiere asimismo de autorización administrativa (del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, ADIF); así como se establece una “línea límite de edificación”, de 50 metros a cada lado de la vía –a partir de la citada arista exterior- y dentro de cuya línea queda prohibida cualquier obra, excepto las imprescindibles para conservar las edificaciones existentes, a la entrada en vigor de dicha Ley (art. 16). (En la legislación autonómica de Andalucía –Ley 9/2006- y Cataluña –ley 4/2006-, se ha incorporado una regulación similar a la estatal, aunque en Cataluña la “línea límite de edificación” se sitúa en suelo urbano consolidado a 20 metros).

4. Limitaciones legales aplicables a los terrenos próximos a instalaciones militares

Alrededor de las instalaciones militares (o civiles de interés militar) se establecen unas “zonas de seguridad” cuyo régimen –contenido en la Ley 8/1975, de 12 de marzo- comporta una serie de limitaciones de la propiedad privada que afectan a los inmuebles y usos o actividades que en ellas se realicen, en mayor o menor medida, que varía según que se trate de “zonas próximas” (situadas a 300 metros, que pueden ampliarse o reducirse según los casos) o “lejanas” (cuya amplitud ha de ser la mínima indispensable para el empleo óptimo de las instalaciones); en las primeras vienen legalmente prohibidas obras, trabajos, instalaciones y actividades de cualquier clase, sin autorización del Ministerio de Defensa (art. 9); mientras que en la “zona lejana” de seguridad, esta autorización sólo se requiere para realizar plantaciones arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones o instalaciones de superficie (art. 11).

5. Limitaciones legales establecidas sobre terrenos próximos a los aeropuertos

Vienen reguladas por la Ley 48/1960, de 21 de julio –completada por los Decretos 584/1972 y 2591/1998- y la Ley 13/1996, de 30 diciembre. Según cuya normativa, los terrenos, construcciones e instalaciones que circundan los aeropuertos, aeródromos y ayudas a la navegación, están sujetos a

servidumbres referentes al área de maniobra de las aeronaves y al espacio aéreo de aproximación; servidumbres cuya naturaleza y extensión se determinará por el Consejo de Ministros, mediante Decreto (o excepcionalmente, en casos de urgencia, por el Ministerio de Fomento o de Defensa, en su caso, aunque queda sin efecto si no la confirma el Consejo de Ministros en el plazo de un año). Además, los propietarios o poseedores de inmuebles no podrán oponerse a la entrada en sus fincas, o paso por ellas, para operaciones de salvamento o auxilio a aeronaves accidentadas; siendo, en cualquier caso, indemnizables los daños y perjuicios que se causen.

6. Limitaciones impuestas a inmuebles de propiedad privada por la legislación de patrimonio histórico-artístico, por razón de interés cultural

La compleja regulación legal –estatal (Ley 16/1985 y Reglamento aprobado por el RD 111/1986) y autonómica- determina la existencia de una serie de limitaciones recayentes en los inmuebles, incluso de propiedad privada, declarados “bienes de interés cultural” (español o/y autonómico), por el Gobierno de la Nación o por el de la correspondiente Comunidad Autónoma, para su protección jurídica, incluso respecto a su entorno. Así, en los monumentos en que recaiga tal declaración de “interés cultural” no pueden realizarse obras, interiores o exteriores, que afecten al inmueble, ni al entorno afectado por su declaración, sin autorización expresa de la Administración de cultura competente; prohibiéndose asimismo toda construcción que altere el carácter del inmueble o perturbe su contemplación³³¹. La autorización administrativa estatal o autonómica necesaria en su caso, es previa a la licencia de obras municipal (art. 23 Ley 16/1985 y en el mismo sentido la normativa autonómica cit. en la nota precedente).

La declaración de un conjunto histórico, sitio histórico o zona arqueológica como bien de interés cultural determina la exigencia para el municipio de elaborar un plan especial de protección del ámbito afectado por la declaración u otro instrumento de planeamiento previsto en la legislación

³³¹ Respecto a la declaración de bienes de interés cultural, cfr. los arts. 9 a 13 de la Ley estatal 16/1985, de 25 de julio, así como los arts. 14 a 25 (de los bienes inmuebles) y 36 a 38 (sobre su protección: deber de conservación por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales, obras y enajenación de un bien de interés cultural), así como el art. 10 del 111/1986. Respecto a la legislación autonómica, aplicable a los bienes de interés cultural, o categorías equivalentes, de la respectiva Comunidad Autónoma, *vid.* la normativa correspondiente (*Andalucía*, Ley 14/2007; *Aragón*, Ley 3/1999; *Asturias*, Ley 1/2001; *Baleares*, Ley 12/1998; *Cantabria*, Ley 11/1998; *Canarias*, Ley 4/1999; *Cataluña*, Ley 9/1993; *Castilla-La Mancha*, Ley 4/1990; *Castilla y León*, Ley 12/2002; *Galicia*, Ley 8/1995; *Extremadura*, Ley 2/1999; *La Rioja*, Ley 7/2004; *Madrid*, Ley 10/1998; *Murcia*, Ley 4/2007; *Navarra*, Ley Foral 14/2005, *País Vasco*, Ley 7/1990; y *Comunidad Valenciana*, Ley 4/1998).

urbanística que cumpla las exigencias establecidas por la legislación aplicable en materia de patrimonio histórico-artístico³³².

V. INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS LÍMITES, DEBERES Y CARGAS RECAYENTES SOBRE LA PROPIEDAD URBANA, MEDIANTE EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y LA REPARCELACIÓN, EN LA EJECUCIÓN DE AQUÉL

Los límites y restricciones que, para determinados fines de interés general y público, comporta el régimen jurídico de la propiedad inmueble privada, en razón de la función social que este derecho ha de cumplir en su ejercicio, han de instrumentarse cumpliendo determinadas garantías –constitucionales– que, como es sabido, imponen un principio de reserva de ley (artículo 33.2 CE), siquiera este tipo normativo, la ley, requiera desarrollo por un poder público subordinado, la Administración³³³, que complementariamente, y por lo que se refiere al ejercicio del derecho de propiedad del suelo con vocación urbana, establece *el planeamiento* urbanístico; constituyéndose así la peculiar estructura y contenido de la “ordenación urbanística” que define el llamado estatuto de la propiedad urbana. Esta relativización de la reserva legal permite y hace posible que, sin perjuicio de los límites, limitaciones, deberes o cargas establecidas por la ley formal, respecto a la propiedad urbana, se flexibilice y llegue a un grado de concreción y detalle, como al que se llega a través del planeamiento urbanístico, y que se hace operativo con su ejecución “jurídica”, mediante *la reparcelación* o “equidistribución”, o reparto, no solo del “beneficio” que representa el aprovechamiento urbanístico, sino también, y por lo que ahora respecta, de la “carga” que constituye la exigencia de cumplir una serie de deberes y limitaciones que han de repartirse entre los propietarios de un determinado ámbito de actuación urbanística, y que, en definitiva, condicionan legalmente el ejercicio del *ius aedificandi* en suelo urbano y en el suelo urbanizable.

Límites y deberes legales que no son sólo los establecidos por la legislación estatal del suelo y básicamente contenidos en el TR de 2008 (arts. 2, 13.4 –reformado por la Ley 8/2013– y 15, fundamentalmente), sino también por la legislación urbanística y la sectorial, en determinadas materias, cuando su normativa concurre imponiendo determinadas limitaciones y deberes a especiales efectos (así, por la colindancia del suelo ordenado por el planeamiento con ciertos bienes de dominio público, o por el interés cultural que revisten determinados edificios o monumentos, etc., como se ha visto).

³³² Arts. 20 y 21 de la Ley 16/1985, y legislación autonómica cit. y urbanística: así, en ésta, en la Región de Murcia, la LS-TR de 2005, art. 115.

³³³ Vid. lo expuesto *supra*, Capítulo Segundo, epígrafe IV.

Asimismo, el planeamiento urbanístico, en su elaboración, ha de cumplir las determinaciones contenidas en la compleja y heterogénea legislación medioambiental, que asimismo impone ciertas limitaciones, que ha de observar e incorporar el propio planeamiento, para la protección de la naturaleza; limitaciones que también afectan al suelo en cuanto recurso natural (así, para evitar su contaminación, el plan impone límites a la localización de personas y de determinadas actividades)³³⁴. Se justifica así, en definitiva, en virtud del principio de desarrollo sostenible, que el planeamiento territorial y urbanístico adopte medidas limitativas de la propiedad inmueble para la protección de la naturaleza, la flora y la fauna, esto es, el patrimonio natural y la biodiversidad (Ley estatal 42/2007, de 13 de diciembre); así como del patrimonio cultural, incluido el paisaje; dando concreción así al planeamiento a limitaciones y deberes legales que incorporan al desarrollo urbano técnicas y medidas que tienen por objeto propiciar que la utilización de los recursos naturales, y entre éstos el suelo, se realice de modo “racional” (artículo 45.2 CE) y de acuerdo con el interés general (art. 47 CE).

La forma como se instrumentan técnica y jurídicamente tales limitaciones, deberes y cargas legales, está lógicamente en consonancia con la materia regulada por la normativa legal correspondiente, a que se ha hecho referencia antes, al objeto del presente trabajo. La preocupación medio-ambiental ha penetrado en la legislación del suelo y en la normativa urbanística y, por ende, en el planeamiento, como se ha señalado. Ahora bien, por lo que refiere específicamente a este último instrumento técnico-jurídico, en sus efectos prácticos sobre el derecho de propiedad del suelo con vocación urbana, importa remarcar cómo se hace operativa la función social que este derecho debe cumplir, o lo que es lo mismo, de qué manera ha de instrumentarse jurídicamente esta función comunitaria, de modo que las limitaciones, deberes y cargas impuestas por la legislación urbanística, clave a este efecto, no es otro que *la reparcelación* del suelo comprendido en el ámbito territorial en que se proyecte realizar una actuación de este tipo. La función equidistributiva que este mecanismo cumple, digamos, por definición, al punto de que los propietarios del ámbito de cada una de ellas, haya de hacerse cumpliendo con

³³⁴ La Ley estatal 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, establece que la declaración de suelo contaminado corresponde a cada Comunidad Autónoma (art. 34.3) y lleva consigo el deber de recuperar el suelo por parte de los causantes de la contaminación y subsidiariamente por otras personas responsables (poseedores o no); declaración que ha de ser objeto de nota marginal en el Registro de la Propiedad (art. 8), de modo similar a como se hace con las cargas urbanísticas. Véase asimismo el art. 34 de dicha Ley respecto a las consecuencias que dicha declaración tiene respecto al planeamiento urbanístico; aspectos que son objeto de consideración en *Derecho Ambiental en la Región de Murcia*, por SERRANO LÓPEZ, J.E. (Director), Edit. Cívitas-Thomson, 2011 (págs. 508 y ss), como otros recursos naturales (la Red Natura 2000, el paisaje, etc.).

las exigencias que imponen los supra-principios (“valores”: artículo 1 CE) de justicia y de igualdad (proporcionalidad).

En la perspectiva que ahora se considera, es decir, a propósito de los límites, deberes y “cargas” que obligan a los propietarios de suelo -en la ejecución de actuaciones de urbanización-, el mecanismo técnico-jurídico de la reparcelación cumple así su función equidistributiva específicamente respecto a la carga obligacional, a repartir entre *todos* los propietarios de suelo afectados. (Complementariamente, pues, a la de distribución del “beneficio”, que constituye el aprovechamiento urbanístico, para igualar también – proporcionalmente a sus aportaciones- a todos aquéllos en la asignación de éste a sus respectivos terrenos, tomando como referencia el aprovechamiento medio o tipo del sector o área de reparto en que la actuación urbanística se halle situada, como se ha considerado en capítulos precedentes).

Es esta perspectiva del reparto asimismo de la carga obligacional, limitativa y restrictiva del derecho de propiedad, y particularmente de la propiedad urbana que se considera, la que pone de manifiesto los límites que en el aspecto material ha de respetar incluso el legislador y que, como se ha reiterado, no son otros, fundamentalmente, que el de respetar el contenido esencial del derecho y el de cumplir las exigencias propias del principio de proporcionalidad en el reparto de la carga. Primero de todo, pues, que ni el legislador, ni menos aún la Administración pública, puedan invocar exigencias de la función social para limitar o reducir el “contenido esencial” (artículo 53.1 CE), porque la función social delimita el “contenido” de la propiedad privada (art. 33.2 CE), a partir por lo tanto de este contenido; contenido que, además, será el que determine la regulación estatutaria del derecho, esto es, el llamado contenido “normal” o general de éste según la correspondiente regulación legal y reglamentaria³³⁵.

Las cargas urbanísticas recayentes sobre la propiedad urbana para cumplir exigencias propias de la función social y que condicionan legalmente el *ejercicio* de tal derecho, según reza el citado precepto constitucional, no solo no

³³⁵ Como dice RODRÍGUEZ SANTIAGO, J.M., “la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial. El contenido esencial (art. 53.1 CE) es cabalmente el límite que no puede traspasar el legislador invocando exigencias de la función social” (“Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la CE”, *Revista de Administración Pública*, nº 177, 2008, pág. 177). Con referencia al art. 33.2 CE, AGUDO GONZÁLEZ, J., considera que la función social delimita el derecho, pero no desde su contenido esencial, sino a partir de él, por lo que no forma parte del mismo (“Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria”, en el nº 185 de la citada Revista, 2011, pág. 27). Desde el punto de vista constitucional, dice BAÑO LEÓN, J. M^a, que el contenido esencial del derecho de propiedad se opone a una regulación que imponga costes superiores o desproporcionados al valor de la propiedad, y que ninguna función social puede justificar un efecto equivalente a la confiscación (art. 31.3, en relación con los arts. 33.3 y 53.2 CE). (*Derecho Urbanístico Común*, Edit. Iustel, 2009, pág. 292).

forman parte integrante de su contenido sino que han de respetar la *viabilidad económica* de la actuación de transformación urbanística. De aquí que la legislación autonómica en la materia ponga, como pone, límites a la cesión obligatoria de terrenos que, para localizar el porcentaje de aprovechamiento urbanístico, que se reduce del 10 al 5 por 100 en los “casos en que el planeamiento lo justifique por ser necesario para la viabilidad de la actuación” en suelo urbano sin consolidar (art. 69.1,b LS de la Región de Murcia, TR de 2005)³³⁶, así como la participación de la Administración en los gastos de urbanización cuando éstos resulten excesivos para los propietarios en relación con el aprovechamiento urbanístico previsto (art. 161 LS cit.)³³⁷.

Asimismo, por lo que se refiere al reparto entre los propietarios de terrenos de la carga restrictiva que impone la función social, ha de cumplir con exigencias que impone el principio de proporcionalidad, a que también antes se ha aludido (art. 8.1,c LS estatal-TR de 2008). El mandato de equidistribución, como dice la sentencia constitucional 164/2001, de 11 de julio, “pretende garantizar la igualdad de los propietarios urbanos”, igualdad en sentido de justa proporcionalidad, que interdicciona pues el trato discriminatorio, desigual y no proporcionado a las aportaciones de suelo y demás cargas que comporte la urbanización. De aquí, por ello, que si no se cumpliera esta exigencia surgirían limitaciones singulares que deberán ser indemnizadas por la Administración (art. 35,b, LS-TR2008), para cabalmente restablecer la igualdad rota³³⁸.

Bajo estos presupuestos y principios, la exigencia de equidistribución se concreta de modo operativo mediante la aplicación, asimismo, en las actuaciones de transformación urbanística –especialmente en suelo urbanizable y en suelo urbano sin consolidar-, del mecanismo reparcelatorio, ya considerado en capítulos precedentes pero al que también ha de hacerse

³³⁶ La LS estatal, TR de 2008, establece con carácter general, que el porcentaje de suelo edificable correspondiente, a ceder a la Administración, no puede ser inferior al 5 por 100 ni superior al 15 por 100 (art. 16.1,b, pfo 3), como se ha indicado antes; flexibilizando pues esta horquilla en la que puede moverse la legislación urbanística autonómica reguladora de la participación de la comunidad –representada por la Administración pública- en las plusvalías que genera la acción urbanística de ésta (art. 47, pfo 2, CE).

³³⁷ La LS-TR 1976 exige, como Derecho supletorio, en su art. 117, la suficiencia económica de la actuación en la delimitación de polígonos; y art. 64 de su Reglamento de Gestión Urbanística permite minorar o compensar las cargas cuando la actuación urbanística no sea presumiblemente rentable. Son dos reglas de Derecho supletorio que expresan el canon constitucional, al que responde el art. 16.1,b, LS-TR de 2008 (BAÑO LEÓN, J. M^a: *Derecho Urbanístico Común*, cit.).

³³⁸ La jurisprudencia ha afirmado, reiteradísimamente, la virtualidad del principio de equidistribución. Así, la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) constituye vicio de nulidad radical según la sentencia del TS de 23 de septiembre de 2003 (Arz. 7789), que declara nula una reparcelación por infracción del principio de justa distribución de beneficios y cargas urbanísticas.

referencia aquí, según lo dicho, a efecto de poder concretar específicamente el reparto de esos deberes y limitaciones que, legalmente, impone la “carga” de urbanizar los terrenos de que se trate. Localizar así los terrenos en que han de situarse los espacios reservados por el planeamiento urbanístico para viario, zonas verdes y demás dotaciones de dominio público, así como el aprovechamiento urbanístico correspondiente a la Administración y la extinción de aquellos derechos reales o cargas incompatibles con la nueva ordenación urbanística, son funciones que, a este respecto –al margen de otras que también cumple la reparcelación y a las que en otros lugares de este trabajo se ha hecho referencia-, ha de cumplir la reparcelación³³⁹.

La mecánica operativa del procedimiento reparcelatorio impone que el “urbanizador”, sea éste una persona física o jurídica, privada (sistema de compensación, concurrencia, etc.) o pública (de la Administración, así en el sistema de cooperación), habilitada para realizar la actuación urbanizadora en un determinado ámbito espacial (llámese polígono, unidad de ejecución o de actuación), haya de formular un proyecto de reparcelación, que es el documento básico, de carácter técnico y jurídico, necesario para instrumentar y aplicar el mecanismo. Su contenido material y documental (memoria, planos, etc.) incluye, en el aspecto que se considera, no solo la localización de los terrenos destinados a dotaciones públicas y del aprovechamiento de cesión obligatoria a la Administración, sino también los gastos o costes de urbanización, que han de hacerse constar en una llamada “cuenta de liquidación” provisional, a resultas de una definitiva cuando la actuación urbanizadora efectivamente se ultime.

La aprobación –que definitivamente corresponde a la Administración-, en cuanto ultima la tramitación del proyecto reparcelatorio en vía administrativa, produce legalmente los efectos de:

a) *Subrogación de las fincas de origen*, aportadas por los propietarios a la comunidad reparcelatoria, *por las fincas-parcelas resultantes*, ya ajustadas a la ordenación del plan y urbanizadas. Sustitución que se produce legalmente con plena *eficacia real*, por lo que las parcelas adjudicadas –y por ende sus titulares propietarios- quedan afectadas, con carácter de garantía real, al cumplimiento

³³⁹ En cuanto instrumento técnico-jurídico de gestión urbanística, la reparcelación viene regulada por la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas (*supra*), limitándose la vigente *legislación estatal* a establecer normas básicas y funciones que han de cumplirse a efecto de equidistribución de beneficios y cargas, de conformidad con la LS-TR de 2008 (arts. 16 y 18 y concordantes), así como las normas esenciales del procedimiento registral (art. 54, que desarrolla y completa el RD 1093/1997, de 4 de julio, de inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística), a que se ha hecho referencia, en precedentes capítulos). Como Derecho supletorio de la legislación autonómica al respecto, ha de citarse la regulación contenida en el RD 3288/1978, de 25 de agosto (que aprueba el llamado Reglamento de Gestión Urbanística, aplicable, así pues, en defecto de aquélla).

de los deberes y cargas inherentes a la actuación urbanizadora (art. 16.2 LS-TR de 2008 y legislación autonómica).

Los propietarios afectados tienen derecho a participar en la reparcelación, como se ha indicado, “en proporción a su aportación” (art. 8.3,c, pfo 2, LS-TR de 2008, según la Ley 8/2013) y, por ende, en cuanto titulares dominicales de terrenos, tienen derecho a intervenir o participar en el procedimiento aprobatorio de la reparcelación (en los términos que determina esta normativa básica estatal –art. citado, pfo 2 del apartado c-, vinculante para la legislación urbanística autonómica). En cuanto titular del suelo, se entiende que el propietario aporta no solo la superficie de su rasante, sino también la del subsuelo y el vuelo hasta el límite que determine el planeamiento (art. 8.6 LS estatal cit.).

Aunque la propia LS estatal vincula los deberes y cargas de urbanización a la “promoción” de la actuación urbanística transformadora, habrá que tener en cuenta el supuesto de que la “promoción” de ésta proviniera de un tercero no propietario –el llamado “agente urbanizador”-, en cuyo caso éste tendrá derecho de adjudicación pero solamente cuando según la legislación urbanística prevea la posibilidad de su retribución por los propietarios mediante la adjudicación de parcelas urbanizadas (solares) resultantes de la actuación, dado que es el “agente urbanizador” quien asume la financiación de la urbanización, por lo que habrá de ser compensado por los propietarios, bien de esta forma, en especie, o bien en metálico, mediante cuotas de urbanización (así, en el “sistema de concurrencia” regulado por la LS de la Región de Murcia-TR de 2005, art. 188.2, y de modo similar en otras Comunidades Autónomas, como la de Castilla y León, y en otras, como la Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, etc., a que antes se ha hecho referencia³⁴⁰).

b) De otra parte, la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación tiene como efecto el de producirse *ope legis* la transmisión a la Administración competente (municipal), en pleno dominio y libre de cargas, de los terrenos en que se localicen las dotaciones públicas del ámbito de actuación, para su afectación al interés general, es decir, al uso o servicio público correspondiente; así como la cesión de aprovechamiento urbanístico en el porcentaje correspondiente a la Administración, para el patrimonio municipal de suelo, en cumplimiento de los deberes legales que la LS estatal-TR de 2008 establece (en su artículo 16.1, a, b y d, *supra*). El *título* de adquisición de este suelo por el municipio vendrá constituido por la ordenación urbanística, es decir, por la ley y el planeamiento urbanístico, mientras que el *modo* de adquisición de estos

³⁴⁰ Véase *supra*, Capítulo Cuarto, epígrafe 4.1,B. En especial, respecto a la LS de la Región de Murcia citada en el texto, *vid. La Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia*, de LÓPEZ PELLICER, J.A., con la colaboración de PÉREZ ALCARAZ, S. y LÓPEZ CÁNOVAS, Á. Edit. DM, Murcia, 2009, págs. 426 a 430.

terrenos para dichos fines públicos vendrá dado por el proyecto de reparcelación definitivamente aprobado y al que se condiciona, también legalmente, el efecto de la transmisión por ministerio de la ley, aunque vinculando la entrega (*traditio*) del suelo a la aprobación definitiva de la reparcelación.

Las cesiones de terrenos legalmente obligatorias a favor de la Administración han de inscribirse en el Registro de la Propiedad para su afectación al destino previsto en el planeamiento urbanístico; inscripción a practicar conforme a la regulación contenida en el Reglamento para la Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística (RD 1093/1997, de 4 de julio), en sus artículos 30 y 31. En el supuesto en que la reparcelación no sea necesaria, por pertenecer la titularidad del suelo -del ámbito de actuación urbanística- a un solo propietario o a varios proindiviso, o por renuncia de los propietarios al expediente reparcelatorio -en estos casos, con aceptación por la Administración de la localización del aprovechamiento-, la inscripción registral de los terrenos de cesión obligatoria requiere de expediente en el que, al menos, se determinen las parcelas susceptibles de aprovechamiento (lucrativo) y se describan las superficies que han de cederse obligatoriamente³⁴¹.

c) Otro efecto derivado de la aprobación definitiva de la reparcelación es el de producir la extinción de los derechos reales y cargas constituidos sobre las fincas originarias (usufructo, servidumbres, derechos de arrendamiento, etc.), siempre que no sean compatibles con la ordenación establecida por el plan urbanístico que se ejecute. Las indemnizaciones correspondientes a los titulares de estos derechos extinguidos se consideran legalmente como costes o gastos de urbanización, que han de figurar en el proyecto de reparcelación; financiándose por lo tanto con cargo a éste, por los propietarios afectados por la actuación³⁴².

En el aspecto registral y por lo que se refiere a las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase, la actuación del Registrador en

³⁴¹ Art. 30.2 RD cit., en conexión con los arts. 4 a 21 del mismo Reglamento, supuesto que ya preveía el citado Reglamento de Gestión Urbanística, en sus arts. 115 y 173, aplicables supletoriamente.

³⁴² La LS estatal-TR de 2008, en su artículo 22.4, determina a efecto de valoración de los derechos reales sobre inmuebles que se constituyan, modifiquen o extingan, que ha de realizarse conforme a las disposiciones sobre expropiación forzosa y, subsidiariamente, a la normativa de Derecho administrativo (arts. 40 y 41 de la Ley de Expropiación Forzosa), civil (legislación arrendaticia) o fiscal (impuesto de transmisiones patrimoniales) que sean aplicables. En caso de falta de acuerdo entre los interesados, la valoración hecha en el proyecto de reparcelación, con intervención de los afectados, ha de ser puesta a disposición de cada uno de éstos la indemnización que le corresponda. Como Derecho supletorio de la legislación autonómica reguladora de la reparcelación (así, en la LS de la Región de Murcia-TR de 2005, su art. 160.1.e; véase como Derecho estatal supletorio, el contenido en la LS-TR de 1976, arts. 111 y 112, y el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, arts. 99 y 100).

orden a la *cancelación* de los mismos que se hallen inscritos sobre las fincas de origen, al practicarse la inscripción de las fincas resultantes, requiere que la inscripción de dichas cargas y gravámenes se haya efectuado antes o después de la *nota marginal* a la inscripción de dominio –puesta a la iniciación del expediente de reparcelación- *sea de fecha anterior o posterior a dicha nota marginal*, por cuanto que: a) en el caso de que sea de *fecha anterior*, debe constar que los interesados han sido citados en forma legal y que concurrieron, por sí o debidamente representados, al pago de las indemnizaciones, o en otro caso, que éstas se han consignado por la Administración a disposición de los interesados, según los casos; b) mientras que la cancelación de dichas cargas y gravámenes sobre las fincas de origen que hubieran sido inscritas *con posterioridad* a dicha nota marginal, ha de producirse al practicarse la inscripción de las fincas resultantes, aunque los interesados no hubieran sido parte en el procedimiento reparcelatorio³⁴³.

VI. RECAPITULACIÓN

Dentro de la multiplicidad de funciones sociales que la propiedad inmobiliaria ha de cumplir –variable según el tipo de aprovechamiento de que el suelo sea susceptible- conforme al correspondiente régimen estatutario, el de la llamada propiedad urbana es el que pone de manifiesto una función social más intensa, en razón de la mayor rentabilidad de que el tipo de aprovechamiento, del suelo y las construcciones, es susceptible según su ordenación. La superior utilidad –y valor económico- que en principio proporciona el aprovechamiento de este tipo de bienes, sobre los que descansa básicamente la vida urbana de la sociedad de nuestro tiempo, es la que determina y justifica así la especial intensidad que la función social de la propiedad urbana está llamada a cumplir – como contrapartida a dicha utilidad específica- y que el Derecho vincula al cumplimiento de determinados intereses generales, sociales o públicos. El principio de solidaridad y el de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas generadas por el beneficio que para los propietarios constituye ese tipo de aprovechamiento urbano, determina

³⁴³ Art. 26.4 del RD 1093/1997, de 4 de julio, antes citado; en conexión con el art. 102 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, asimismo citado. Aun cuando el precepto del RD 1093/1997 forma parte de su Capítulo III, referente a las expropiaciones forzosas, téngase en cuenta no solo la aplicación supletoria de la normativa reguladora de la expropiación forzosa en el régimen de la reparcelación, sino también y sobre todo, además del propio tenor de la regulación contenida en dicho artículo reglamentario (“fincas de origen”, “fincas de resultado”), el contexto sistemático en que se sitúa el precepto (el de que los terrenos objeto de cesión obligatoria a la Administración deben estar libres de cargas, según la LS estatal-TR de 2008 y la legislación urbanística autonómica, así como a nivel reglamentario el artículo 29 del propio RD 1093/1997 y de modo supletorio el citado precepto del artículo 102 del Reglamento de Gestión Urbanística).

y a la par justifica, el que, sobre la propiedad urbana y su aprovechamiento característico –en la medida en que éste sea lucrativo para su titular-, recaigan legalmente una serie de límites y cargas jurídicas que, en interés de la sociedad, el propio ordenamiento jurídico –la llamada ordenación urbanística- establece.

La función social no se vincula, a nuestro juicio, a la vertiente *institucional* del derecho de propiedad privada, ya que en este sentido supone el reconocimiento y la protección de este tipo de derecho preexistente y reconocido como tal (art. 33.1 CE) de modo general, como institución que presupone la existencia de un interés individual –privado o particular- del titular, que el Derecho no solo reconoce sino que asimismo tutela. Significación ésta que es común a todo tipo de propiedad privada, sobre cualquier clase de bienes –muebles o inmuebles, productivos o de consumo- y, por ende, también a los que son objeto de la llamada propiedad urbana; y en cuyo sentido, encaja ésta en la definición general que, como derecho patrimonial o real prototípico, acoge en nuestro Derecho el Código Civil (art. 348), aunque con “limitaciones”, que incluyen no solo las tradicionales sino también las nuevas restricciones que impone la función social (art. 33.2 CE), para adaptar la propiedad privada a la actual modalidad del Estado (Social) de Derecho.

La función social viene específicamente vinculada a la llamada concepción *estatutaria* de la propiedad, y plasma por ello en cada uno de los diversos regímenes jurídicos de este derecho según clases o categorías de bienes objeto del derecho (“propiedades”), de donde la existencia asimismo, como señala la doctrina, de una *pluralidad de funciones sociales* de que son susceptibles los bienes según su distinta naturaleza y régimen jurídico. Parece criticable, según estas distinciones, la conocida sentencia constitucional 37/1987, por incluir la función social como “parte integrante del derecho mismo” y para fijar el “contenido esencial” de la propiedad privada, como llega a afirmar, pese a la diversa funcionalidad social de las distintas clases de bienes objeto de este derecho y de regímenes jurídicos existentes en consecuencia, y pese también a que el “contenido esencial del derecho” (art. 53.1 CE) es un límite constitucional, que el legislador no puede traspasar ni siquiera invocando la función social, so pena no solo de desnaturalizar la propiedad privada como tipo de *derecho* que preexiste a la Constitución y que ésta “reconoce” por ello, sino también de su *garantía jurídica*, que cabalmente constituye el límite de ese “contenido esencial” frente al legislador ordinario competente para regular la función social restrictiva de tal derecho.

En especial, los límites y deberes de la propiedad urbana, según su especial régimen jurídico, vienen fijados por las dos fuentes legiferantes que son en nuestro ordenamiento jurídico, del Estado y de cada una las distintas Comunidades Autónomas, aquél con carácter básico y en el de cada una de éstas en virtud de su competencia “exclusiva” en materia de ordenación territorial y urbanística. La fijación de límites al derecho de propiedad inmobiliaria (“delimitación”), en relación a la función social, se realiza primero,

definiendo y fijando el ámbito de las facultades de goce y disposición del suelo –urbano y urbanizable- y de las construcciones, así como complementariamente de las limitaciones y deberes funcionales a los propietarios especialmente en actuaciones de transformación urbanística. La legislación estatal de suelo (TRLR 2008) contiene una normativa básica en la que resalta la exigencia de “entrega” a la Administración pública de terrenos destinados para dotaciones públicas e incluso de aprovechamiento urbanístico, así como de costear la urbanización; cuyos deberes se refieren legalmente a la “promoción”, pero que recaen en definitiva sobre los propietarios, aunque éstos no ostenten esta condición de promotor (sin perjuicio de responder éste de las obligaciones adicionales asumidas voluntariamente, por vía de convenio); deberes en cuya regulación legal concurren asimismo las diversas Comunidades Autónomas.

También responden a exigencias derivadas de la función social y vinculadas a determinados intereses generales o públicos, las regulaciones legales de determinados bienes destinados a usos o servicios públicos (aguas, costas, carreteras, vías ferroviarias, seguridad nacional, etc.), que imponen determinadas limitaciones a las propiedades colindantes, así como para otros fines como la protección del medio ambiente natural y cultural.

La instrumentación jurídica, en fin, de la función social de la propiedad urbana incluye, en su desarrollo, la fijación por el *planeamiento* urbanístico, a los terrenos afectados por las restricciones –que implica la función social- y conforme a la legislación que en este capítulo ha sido considerada –estatal y autonómica-, del desarrollo y concreción de sus límites, deberes y cargas legales (bajo la reserva legal relativa y flexible del art. 33.2 CE), que en fase de ejecución devienen operativos y eficaces, en su cumplimiento por *todos* los propietarios del correspondiente ámbito de actuación –polígono o unidad de ejecución-; si bien mediante el reparto, de forma proporcional a las fincas aportadas, a través de la *reparcelación* o equidistribución de tales “cargas” (como también de los “beneficios”, fundamentalmente constituidos por el aprovechamiento urbanístico), con los efectos jurídicos que, sobre la propiedad inmueble, produce su aprobación administrativa (subrogación de las fincas originarias por las resultantes de la operación reparcelatoria, extinción de derechos y cargas reales existentes sobre aquéllas y que sean incompatibles con la ordenación urbanística aplicable, etc.).

PARTE TERCERA

CONTENIDO Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD RÚSTICA

CAPÍTULO OCTAVO

RÉGIMEN Y CONTENIDO DE LA PROPIEDAD AGRARIA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN EL ÁMBITO RURAL, FUNCIONALIDAD Y PERSPECTIVAS DE CONSIDERACIÓN. II. BASES HISTÓRICAS Y CONSTITUCIONALES. 1. Breve referencia histórica a la propiedad rústica y a la cuestión de la llamada reforma agraria. 2. Marco constitucional de la materia. Competencias estatales y autonómicas referentes a ella. 3. El complejo régimen estatutario de la propiedad agraria. 4. Incidencia del Derecho Comunitario Europeo. III. RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES Y ACTUACIONES QUE TIENEN POR OBJETO LA RACIONALIZACIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS AGRARIAS. 1. Unidades mínimas de cultivo. 2. Retracto de colindantes. 3. Concentración parcelaria. 4. Permuta de fincas rústicas. IV. FACULTADES INTEGRANTES DEL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD AGRARIA. 1. La facultad de cultivar. 2. En particular, el uso y aprovechamiento de agua para regadío y títulos jurídicos que lo legitiman. 3. La facultad de disposición. V. ESPECIAL REFERENCIA AL *IUS AEDIFICANDI* EN SUELO RÚSTICO. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA A ESTE RESPECTO. 1. Régimen de la edificación en suelo rústico –no urbanizable y urbanizable sin sectorizar- en la Región de Murcia. A) Posibilidad de construir, en suelo no urbanizable, vivienda unifamiliar vinculada a la explotación agraria. B) Posibilidad de edificar en suelo urbanizable “sin sectorizar”, vivienda unifamiliar y otro tipo de construcciones con destinos socio-económicos de interés público. 2. Otro tipo de actuaciones complementarias del aprovechamiento tradicional del suelo rústico según su naturaleza, y amparadas por el principio de desarrollo sostenible del medio rural. Los alojamientos rurales. VI. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE FINCAS Y EXPLOTACIONES RÚSTICAS. 1. Régimen aplicable a la inscripción de fincas rústicas en el Registro de la Propiedad. A) Normativa contenida en la legislación agraria. B) Normativa contenida en la legislación estatal del suelo. 2. Régimen aplicable a la inscripción registral de explotaciones agrarias.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN EL ÁMBITO RURAL, FUNCIONALIDAD Y PERSPECTIVAS DE CONSIDERACIÓN

Cuando, como es usual, se utiliza el calificativo “agraria” para referirse a una forma o tipo de propiedad inmueble –la propiedad agraria-, se está aludiendo a la funcionalidad y destino que cumple, vinculado a un determinado tipo de actividad (la agricultura y la ganadería), la más antigua realizada por el hombre sedentario sobre la tierra. También se utilizan, por su ubicación en el espacio y por contraposición a la propiedad urbana –vinculada a la ciudad-, los calificativos de “rural” y de “rústica”, con referencia a la propiedad de la tierra situada en el campo³⁴⁴, fuera o más allá de las ciudades o

³⁴⁴ El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término rústico, en su primera acepción, como “relativo al campo: *arrendamiento rústico*”, y a la persona que en él habita lo denomina en m. y f. como “campesino”. El Tribunal Constitucional se refiere a la

poblaciones, donde la propiedad o tenencia de la tierra se destina bien al cultivo, o no, o se halla poblada con plantas forestales (montes, propiedad forestal). Elementales constataciones que hacemos de la realidad porque sencillamente conducen a poner de manifiesto los dos tipos de propiedad privada inmobiliaria proyectados sobre el suelo rústico, esto es, la propiedad agraria, objeto de consideración en este capítulo y el siguiente, y la propiedad privada forestal (dado que, a diferencia de otras “propiedades especiales”, que son las aguas y las minas –demanializadas ambas-, la forestal incluye no solo los montes públicos o de titularidad pública sino también, como subespecie, los llamados “montes particulares”, objeto de especial atención en el capítulo X y último).

Ahora bien, la funcionalidad que, en el tiempo, cumple la tierra determina cambios en ella, según las necesidades que experimentan los seres humanos; y existe por ello una dinámica del asentamiento sobre el suelo de la población –urbana y rural-, que trae como consecuencia transformaciones territoriales a las que han de adaptarse por ello asimismo, las formas de la propiedad fundiaria. Es por esto por lo que, a medida que aumenta la población situada en las ciudades, un suelo físicamente rural o rústico viene clasificado como urbanizable por la planificación urbanística, cuando las necesidades de desarrollo de la población municipal así lo justifica y determina (según se ha considerado en capítulos precedentes). La propiedad rústica, o de suelo rural, se transforma, así, mediante un proceso o secuencia, a resultas del o de la cual deja de cumplir su función propia (agraria, etc.), para advenir a otra situación material y funcionalmente distinta, para eventualmente poder servir a otros usos o destinos propios de los asentamientos de la población en las urbes, a medida que éstas crecen.

En los procesos de cambios sociales, económicos y jurídicos, es sabido que las respuestas del Derecho siguen con mayor o menor retraso a las transformaciones que experimenta la realidad socioeconómica. Como el búho de Minerva, que según decía Hegel, “comienza su vuelo al anoecer”, el Derecho, la ley, va siempre a la zaga de la realidad, como revela la experiencia histórica: el Código Civil francés de 1804, pese al cambio ideológico revolucionario, tiene una carga muy importante de tradición, de tradición romana y de tradición del derecho consuetudinario de los siglos XVI y XVII³⁴⁵.

propiedad rústica, esto es “de tierras agrícolas o forestales”, que distingue de la propiedad urbana (“que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico”), en su conocida sentencia 37/1987, de 26 de marzo (F.J. nº 2), sobre la Ley 8/1984, de Reforma Agraria de Andalucía.

³⁴⁵ DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencia Jurídica y Teoría del Derecho*, Edit. Ariel, Madrid, 1973, págs. 300 y ss, sobre “cambio social y evolución jurídica”, donde a la cuestión de si el Derecho va siempre a la zaga del cambio social, el autor escribe que la respuesta no debe ser absolutamente negativa, pero que la Ley y el legislador está sometido a unas ciertas coordenadas de obediencia “de facto” y que, por consiguiente, fuera de ellas, la Ley es inútil como instrumento de

Y nuestro Código Civil –inspirado en aquél-, como dice el profesor LASARTE ÁLVAREZ, es un cuerpo legal de acusado carácter agrario, aunque no se preocupa de la perspectiva que pudiéramos denominar dinámica de la tierra (las explotaciones agrarias), sino única y exclusivamente del aspecto estático de la propiedad de los predios o fincas³⁴⁶. En todo caso, una interpretación contextual o adaptadora de la normativa del CC, completada con la regulación estatutaria de la propiedad del suelo –que de forma integrada se hace en nuestro ordenamiento, respecto a la llamada propiedad urbana, y desde su perspectiva, la delimitación de ésta de la propiedad rústica-, ya iniciada en nuestro Derecho con la Ley del Suelo de 1956, ha hecho posible, en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, una interpretación evolutiva de las normas “heredadas” de nuestro primer *corpus civile*. Sin perjuicio de los cambios necesarios determinados por la necesidad de reforma de las estructuras y explotaciones agrarias y la adecuación del Derecho codificado, para atender a las múltiples funciones que ha de cumplir la propiedad y demás formas de tenencia de la tierra, así como de la empresa agraria³⁴⁷.

En la propiedad rústica –como en la propiedad urbana-, el interés privado o particular del titular del derecho dominical no solo se ve limitado por intereses también privados, pero concurrentes de otros propietarios, que eventualmente puedan restringirse y limitar la potencial plenitud del dominio,

transformación; aunque si el legislador está atento a los signos de los tiempos y se pliega a ellos, la Ley que se inscribe en la corriente de estos signos cumple un papel importante como instrumento de dinamización del cambio (pág. 320 y s).

³⁴⁶ *Principios de Derecho Civil*, Edit. Trivium, 1998, vol. IV, pág. 104. SANZ JARQUE, J.J., escribe que aunque en los Códigos Civiles y en el nuestro propio quedaba encuadrado todo lo relativo a la propiedad de la tierra y al campo, esto no quiere decir que su normativa constituya un Derecho eminentemente agrícola, puesto que la regulación que de ellos se hace no se diferencia de la de las demás cosas, ni tiene en cuenta la naturaleza ni la específica función que la tierra debe cumplir por sí y en el conjunto de la ordenación del territorio y de la comunidad; y esto es así tanto respecto a los contratos y obligaciones como al régimen de las cosas mismas (*Derecho agrario*, Publicaciones de la Fundación Juan March, Rioduero, Madrid, 1975, pág. 10).

³⁴⁷ Así, ya F. DE CASTRO Y BRAVO señalaba la necesidad de adecuación del Derecho Civil codificado, respecto a la regulación de los arrendamientos rústicos, la aparcería y la *rabassa morta*, además de la necesidad de disposiciones sobre la reforma agraria (parcelación, expropiación, concentración parcelaria), ante la impotencia del viejo sistema para resolver los problemas sociales de la tierra y las nuevas tendencias jurídicas tanto en su aspecto negativo como al señalar la situación considerada jurídicamente deseable (*Notas para el estudio del Derecho Agrario en España*, Anuario de Derecho Civil, t.7, págs. 377 y ss). Ante la heterogeneidad de normas del Derecho Agrario y su conexión con el Derecho Civil, señala A. HERNÁNDEZ GIL, cómo instituciones jurídico-civiles moduladas por aquél, la propiedad, las servidumbres, la posesión, la enfiteusis, la hipoteca y los contratos agrarios, que encuentran su colocación natural en el Código Civil; y respecto al influjo de los intereses públicos, que si bien esto es cierto, se trata de algo común a todo el Derecho privado (“El concepto de Derecho Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1943, pág. 142).

sino también y sobre todo por intereses públicos, como los implicados en la conveniencia o necesidad de reformas estructurales agrarias y el régimen de tenencia de la tierra, que en determinadas comarcas o zonas se muestra incompatible con un racional aprovechamiento de los terrenos, ya por la excesiva fragmentación de la tierra (minifundios), o ya por la situación jurídica contraria (que supone el latifundismo). La reforma de las estructuras agrarias plantea así, tradicionalmente, la cuestión de resolver esta compleja problemática que, por afectar al derecho de propiedad de la tierra, incluye múltiples aspectos (sociopolíticos, económicos, jurídicos), e intereses (privados y públicos), y tipos de actuaciones (concentración parcelaria, expropiación del dominio o solo del uso, etc.). Ahora bien, mientras que la colisión o conflicto de intereses individuales se resuelve, como es lógico, *inter partes* y, en su caso, por el juez civil, sin embargo, la incidencia de intereses públicos o generales introduce una perspectiva jurídica distinta, de Derecho público³⁴⁸, cuya consideración no cabe obviar por cuanto también afecta al régimen estatutario de la propiedad inmobiliaria, siquiera se trate ahora de la llamada propiedad rústica o, si se quiere, agraria; régimen estatutario distinto del de la propiedad urbana, hasta ahora considerado, aun cuando la dinámica característica de esta última pueda entrar en juego –y, en consecuencia, aplicarse su régimen– en caso de que un suelo rústico sea necesario para el desarrollo de la ciudad y sea a este efecto susceptible de transformación urbanística; en cuyo supuesto el uso y aprovechamiento agrario característico de un suelo rural, pasará a ser sustituido por un uso y aprovechamiento urbanístico.

Ha sucedido, a este respecto, y debido a la incidencia en estas materias de los intereses públicos, que el llamado Derecho agrario –como, en mayor medida, el Derecho urbanístico³⁴⁹– integre, como efectivamente contiene, no solo normas jurídico-privadas (civiles unas, las reguladoras de la propiedad rústica o agraria y otras formas jurídicas de tenencia de la tierra; como también

³⁴⁸ Sobre las perspectivas jurídico-privada y jurídico-pública de la propiedad privada, desde una consideración pluralista del régimen estatutario de este derecho civil, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: Pluralismo de la propiedad privada”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1 (1976). Sobre los aspectos, privado y público, que presenta el Derecho Agrario, SANZ JARQUE, J.J., en *Derecho Agrario ...*, cit., págs. 29 y ss.

³⁴⁹ NIETO GARCÍA, A., resalta la debilidad del Derecho agrario respecto al ordenamiento urbanístico, por lo que ante los intereses económicos urbanísticos han de ceder indefectiblemente los agrarios (“La agricultura periurbana”, en el libro *Derecho Agrario. IV Congreso Nacional*, Ministerio de Agricultura, Madrid, 1995). Pese a ello y para proteger al suelo rústico ante el fenómeno del crecimiento urbano, la legislación del suelo requiere básicamente la protección de esta clase de suelo cuando existen en el mismo valores agrícolas, ganaderos, forestales, paisajísticos o ecológicos, que la ordenación territorial y urbanística ha de proteger (así ésta obliga a clasificar como suelo no urbanizable los terrenos en que concurren alguno de estos valores, como se explicita más adelante).

mercantiles, en cuanto aplicables a la empresa agraria), asimismo normas de Derecho público (concentración parcelaria, expropiación forzosa, etc.). De aquí que la tradicional consideración del Derecho agrario como una especialidad del Derecho Civil o privado, haya de ser matizada hoy por esta otra perspectiva jurídica y pública, de modo análogo a lo que sucede respecto a la propiedad urbana; aun cuando, y como se considera más adelante al examinar el régimen estatutario de la propiedad rústica, su relación o conexión con el ordenamiento jurídico civil, aunque moduladora de éste, sea más estrecha, como es natural.

II. BASES HISTÓRICAS Y CONSTITUCIONALES

1. Breve referencia histórica a la propiedad rústica y a la cuestión de la llamada reforma agraria

La fuerte concentración de la propiedad rural, especialmente en la nobleza y las llamadas “manos muertas”, que hunde sus raíces en el medievo –unido a los privilegios de que gozara la Mesta en perjuicio de la agricultura-, ha sido el principal factor determinante de las primeras medidas adoptadas en la segunda mitad del siglo XVIII, durante el reinado de Carlos III, y por influjo de los llamados ilustrados cuyas ideas de signo liberal plasman en el famoso Informe sobre la Ley Agraria (1768) formulado por Jovellanos; en cuyo documento se propugnaba la enajenación de tierras baldías y concejiles, la desamortización civil y eclesiástica, la eliminación de los privilegios de la ganadería y otras medidas liberalizadoras, no solo de la propiedad rural sino también del cultivo y el comercio de los productos agrarios. Ideas liberales que, dejando a un lado el sentido social de los informes de Jovellanos, serían acogidas en varias disposiciones reales³⁵⁰ y después, sobre todo, en la Constitución de Cádiz³⁵¹.

³⁵⁰ Vid. CORRAL GIJÓN, M^a C., en *La protección registral del suelo rústico*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pág. 25 y s.

³⁵¹ Así, los privilegios de la Mesta fueron abolidos, se estableció el derecho de cercar fincas rústicas, se inició el reparto de tierras baldías y la desamortización eclesiástica y civil, los señoríos pasaron a convertirse en plenas propiedades, se dictó la legislación desvinculadora, se liberalizaron los arrendamientos rústicos, se puso fin a todo tipo de restricciones a la libertad de cultivos... Muchas de estas medidas –aplicadas entre los avatares propios del período- tuvieron efectos perjudiciales sobre el campesinado, que quedó desprotegido frente a fuerzas sociales más pujantes. LÓPEZ RAMÓN, F.: “Agricultura” en *Derecho Administrativo Económico*, II (dir. S. Martín-Retortillo, Edit. La Ley, Madrid, 1991, págs. 286 y s). Comúnmente se admite que el Informe de Jovellanos influyó de modo notable en las posiciones desamortizadoras de Mendizábal y de Madoa, caracterizadas por su enfoque liberal y privatizador, así como en la política de colonialización interior promovida por Olavide.

Pieza fundamental de la reforma agraria liberal fue la transformación de la propiedad y uso de la tierra. El objetivo de las medidas legislativas era el de implantar un sistema de propiedad “particular” –individual, no de colectivos o instituciones- cuyo uso y disposición no estuviera mediatizada por decisiones ajenas a quien ostentara la titularidad de la propiedad. A ello se

El empeoramiento de la situación del campesinado determinó el planteamiento de la llamada cuestión agraria, a la que se trató de responder con varios proyectos de reforma agraria durante la Restauración³⁵². Pero será durante la II República cuando se afronta la reforma agraria, mediante una Ley (1932) así denominada, en la que se creaba un “inventario de riqueza expropiable” (en el que se incluían tierras mal cultivadas, las sistemáticamente arrendadas, las no regadas pudiendo serlo y las que excedieran de determinadas superficies), y se regulaba la expropiación forzosa que “por causa de interés social” legitimaba la Constitución de 1931 (art. 44), y se creó el Instituto de Reforma Agraria. Tras la guerra civil, el Instituto Nacional de Colonización, creado en 1939, fue encargado de la transformación y redistribución de la propiedad rústica (Leyes de 26 de diciembre de 1939 y 26 de noviembre de 1940 y, sobre todo, a partir de 1949, para la colonización de zonas regables, y la concentración parcelaria iniciada en 1953), así como la legislación de “fincas mejorables” (Leyes de 3 de diciembre de 1953, 12 de mayo de 1956, 14 de abril de 1962 y 21 de julio de 1971), que pretendía garantizar la adecuada explotación del suelo por los propietario bajo sanción de expropiación³⁵³.

A comienzos de los años 70, el Instituto Nacional de Colonización y el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural fueron agrupados en el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, IRYDA (Ley de 21 de julio de 1971). También se produjo, poco después, en 1973, una importante refundición legislativa de todas las disposiciones sobre colonización interior, concentración parcelaria, ordenación rural y fincas mejorables, que aún se halla en vigor: la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, LRDA (aprobada por Decreto Legislativo de 12 de enero de 1973), aún parcialmente vigente y a algunos de cuyos aspectos por ella regulados, se hace referencia más adelante.

ordena el proceso legislativo de la desamortización, que sobre todo afectó a tierras municipales y al patrimonio institucional de la Iglesia. Sobre la reforma agraria liberal y el proceso desamortizador, *vid.* GARCÍA SANZ, A. y SANZ FERNÁNDEZ, J., la evolución histórica de la “agricultura y ganadería” incluido en *Enciclopedia de Historia de España* (dir. por M. ARTOLA), tomo I, *Economía y Sociedad*, Edit. Alianza, Madrid, 1988, pág. 57 y ss. Sobre la desamortización, *vid.* asimismo, TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El marco político de la desamortización en España*, Edit. Ariel, Barcelona, 1989, y “El proceso de desamortización de la tierra en España”, en *Agricultura y Sociedad*, nº 11 (1978), pág. 11 y ss.

³⁵² Destacan, sobre todo, en esta época las aportaciones de JOAQUÍN COSTA, para superar la posición abstencionista propia de la ideología liberal (*Reconstitución y europeización de España*, 1901); y al calor de ideas reformistas, se aprobó un Plan Nacional de Riegos (1902) y una Ley de Colonización y Repoblación Interior (1907), y se formularon una serie de proyectos (Canalejas, 1911; Alba, 1916), así como, durante la Dictadura de Primo de Rivera, cobraron cierto impulso las obras hidráulicas (LÓPEZ RAMÓN, F., *ob. cit.*, en la nota anterior, pág. 287 y s).

³⁵³ LÓPEZ RAMÓN, F., “Agricultura”, en *ob. cit.*, págs. 288 a 292.

2. Marco constitucional de la materia. Competencias estatales y autonómicas referentes a ella

El reconocimiento constitucional del derecho de propiedad (art. 33.1 CE) y la garantía del “contenido esencial” de este derecho, bajo la exigencia de respeto por todos los poderes públicos que asimismo establece la CE (art. 53.1), presuponen una noción y un contenido –digamos- apriorístico constitucional de la propiedad, que permite configurar este tipo de derecho patrimonial como un concepto unitario o institucional, identificable de modo general por las facultades de uso y disfrute del bien por su titular (o como dice el artículo 348 CC, por la facultad de “gozar” de una cosa), así como de la facultad de disposición de la propia cosa o bien objeto de dominio. Así se reconoce a la “propiedad” genéricamente como concepto por la conjunción de los clásicos *ius utendi, fruendi et disponendi*, recogidos en la definición de nuestro CC, y que integran el “contenido esencial” de este tipo de derecho, como ha señalado nuestra mejor doctrina³⁵⁴, a que con anterioridad y de modo general se ha hecho referencia.

En este sentido –unitario, conceptual e institucional-, en nuestro actual marco constitucional (arts. 33.1 y 53.1 CE), la regulación –estatutaria- del ejercicio de la propiedad agraria, respecto a dichas facultades dominicales, ha de tenerse en cuenta asimismo la “función social” que ha de cumplir y que supone la fijación al ejercicio de estas facultades, de límites, limitaciones, deberes positivos (así, deberes de cultivo y de mejora) y cargas, orientados a conseguir una mejor utilización y aprovechamiento productivo de la tierra “desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria”, como dice la sentencia constitucional 37/1987, de 26 de marzo (F.J. 2). El fundamento constitucional de la función social que la propiedad agraria ha de cumplir en su ejercicio, conforme a su peculiar régimen estatutario (diverso de otros, como el de la propiedad urbana), responde asimismo al principio de reserva de ley no absoluta sino relativa –colaboración reglamentaria-, en los términos que la CE establece (art. 33.2).

³⁵⁴ Así, DÍEZ PICAZO, L, dice que “el contenido esencial lo es de la propiedad como institución, sin perjuicio de lo que pueda, respecto de categorías singulares de bienes legítimamente configurados, experimentar alguna modificación”, así como que este tipo de derecho, conceptualmente, sólo es reconocible como tal por las clásicas facultades de uso, disfrute y disposición, así como por el tipo de intereses que protege como derecho (los valores en uso, en renta y en venta de los bienes). Y en la doctrina iuspublicista, GÓMEZ-FERRER, R., en el mismo sentido y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos recaída sobre el art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (opiniones, entre otras, recogidas *supra*, en el Capítulo Segundo, nota 48).

Ahora bien, la regulación o estatuto de la propiedad agraria viene condicionada también por otras determinaciones constitucionales, cuales son la libertad de empresa –agraria- en una economía de mercado (art. 38 CE) y la exigencia de utilización racional de los recursos naturales (art. 45 CE), limitativa del criterio de productividad y rentabilidad de la propiedad y explotación agraria. Por lo demás, la materia de agricultura, “colorea de agrario” (como dice BARNÉS VÁZQUEZ³⁵⁵) el tipo de propiedad de que se trata, como título competencial que, según la Constitución (art. 148.1, 7º), pueden asumir todas las Comunidades Autónomas en materia de “agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía”; lo que hace de la agricultura una materia compartida por aquéllas y por el Estado, a quien corresponde el título competencial de “ordenación general de la economía”, pese a los planteamientos expansivos del concepto de agricultura hechos desde la perspectiva autonómica (que han originado diversos conflictos de competencias, resueltos por el TC –ss. 80/1985, 95/1986, 132/1989, etc.-, que por lo general se ha mostrado sensible a los planteamientos autonómicos)³⁵⁶.

La amplitud conceptual de la materia –agricultura- determina la incidencia en ella de otros títulos competenciales del Estado, que, por lo que respecta a la propiedad agraria, son sobre todo el que le atribuyen la regulación básica del derecho de propiedad (art. 149.1, 1º CE), la legislación civil (art. 149.1, 8º CE) y la legislación de expropiación forzosa (art. 149.1, 18º, en conexión con el art. 33.3 CE), que en cuanto a esta última el régimen estatutario de la propiedad agraria prevé como privación coactiva de este derecho en determinados supuestos de incumplimiento de deberes de explotación y cultivo adecuado a fincas rústicas.

3. El complejo régimen estatutario de la propiedad agraria

A diferencia de lo que sucede con la propiedad urbana, el estatuto jurídico de la propiedad agraria está recogido en una compleja y múltiple normativa que comprende, además de la Constitución (art. 139), un conjunto de leyes y disposiciones reglamentarias, estatales y autonómicas, cuya extensión y complejidad obliga a realizar al intérprete una ardua labor de integración y sistematización que ciertamente presenta no pocas dificultades³⁵⁷.

³⁵⁵ “La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria Andaluza”, en *Revista de Administración Pública* nº 119 (1989), págs. 269 y ss.

³⁵⁶ LÓPEZ RAMÓN, F., “Agricultura”, en *ob. cit.*, pág. 296 y ss.

³⁵⁷ Así lo considera BARNÉS VÁZQUEZ, J., que no obstante señala que este estatuto ha de pivotar sobre dos pilares: el suelo agrario, en su vertiente estática y subjetiva, esto es, sobre su titularidad jurídica, y en su aspecto dinámico, es decir, en su perfil “empresarial” (ejercicio dominical, *lato sensu*), en *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Edit. Cívitas, 1988, pág. 554.

Pese a esto, en la normativa legal estatal, la actual Ley del Suelo –TR de 2008 (art. 8.1) determina, con carácter básico, y como tal aplicable en todo el territorio español, las facultades troncales de la propiedad del suelo –también del suelo rural-, que son las de “uso, disfrute y explotación del mismo conforme a su estado [o situación, rural o urbanizado: art. 12], clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable en materia de ordenación territorial y urbanística, por razón de las características y situación del bien”; así como la facultad de disposición. El reenvío a la legislación a que, *in fine*, se refiere el precepto legal básico, en cuanto a las “características y situación del bien” (suelo o tierra), será *ratione materiae*, la reguladora de la propiedad rústica (agraria o forestal), a este respecto, sin perjuicio de que en ella también incida la legislación autonómica urbanística, aunque ésta desde una perspectiva fundamentalmente negativa (suelos clasificados como “no urbanizables”). La LS estatal-TR de 2008, reformada por la Ley 8/2013, constituye, en este sentido, un estatuto básico de toda la propiedad inmobiliaria, puesto que en todo el territorio nacional, cualquier terreno es o suelo rural o suelo urbano/urbanizado. Y según esto, al referirse la propiedad rústica (agraria o forestal) a la tierra o suelo según la realidad física o naturaleza, viene a constituir por su objeto el contenido, digamos, inicial de la propiedad inmueble.

Ahora bien, sin perjuicio de esta normativa legal básica, existen diversas leyes sectoriales en materia de agricultura, sean estatales o autonómicas, que completan el estatuto jurídico de la propiedad agraria, y a las cuales –y por supuesto sin ánimo exhaustivo- se hace referencia más adelante, en este y en el siguiente capítulo, así como en normas de Derecho comunitario europeo.

4. Incidencia del Derecho Comunitario Europeo

Si bien la Unión Europea respeta el régimen de la propiedad en los Estados miembros³⁵⁸ -que queda así a su reconocimiento y regulación jurídica por parte de cada uno de éstos-, el Derecho Comunitario Europeo incide

³⁵⁸ El Tratado de la Unión Europea (versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007), en su artículo 345 (antiguo art. 295 del Tratado de Comunidad Europea), determina que “los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados Miembros”. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (versión consolidada subsiguiente al citado Tratado de Lisboa), en su art. 17, se refiere al derecho de propiedad en los siguientes términos: “1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que hayan adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general”.

específicamente en la propiedad agraria sobre todo como consecuencia de la “política agrícola común” (PAC) y en particular de la política de estructuras agrarias, que tiene como objetivos –económicos y sociales-, fundamentalmente, el de asegurar el desarrollo racional de la producción agrícola y el de garantizar un nivel de vida equitativo a la población de este sector económico³⁵⁹. Política de estructuras agrarias que, cuanto indirectamente al menos, viene a afectar al ejercicio de la propiedad de la tierra, en su uso y aprovechamiento agrario, a través de las medidas (inversiones, subvenciones y ayudas, etc.) que instrumentan la realización de dichos objetivos comunitarios.

La regulación en nuestro ordenamiento interno de determinadas medidas –a que se alude más adelante-, como la reforma de la propiedad de la tierra y de las explotaciones agrarias, así mediante la concentración parcelaria y las actuaciones en determinadas comarcas o zonas, se alinearían así en la consecución de la mejora de nuestras estructuras agrarias. En todo caso, los efectos de la compleja y extensa normativa agraria europea incide no sólo en el estatuto de la propiedad sino prácticamente en todas las instituciones del ordenamiento agrario.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES Y ACTUACIONES QUE TIENEN POR OBJETO LA RACIONALIZACIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS AGRARIAS

La reforma y racionalización de las estructuras agrarias, así como la mejora de las explotaciones, encuentra en nuestro ordenamiento jurídico actual un soporte fundamental en el precepto contenido en el artículo 130 de la Constitución cuando atribuye a los “poderes públicos” –dentro del reparto competencial señalado- la “exigencia de atender a la “modernización y desarrollo de todos los sectores económicos”, con particular referencia a la agricultura y a la ganadería. Por ello, diversas disposiciones integran o inciden en el estatuto de la propiedad agraria, en el que se entrecruzan también normas civiles y administrativas, contenidas sobre todo, además de en la citada Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, Texto Refundido de 1973 (aprobado por Decreto legislativo de 12 de enero, LRDA), que aún se halla parcialmente en vigor, así como en la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, sobre fincas manifiestamente mejorables, y en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, en parte básica ésta y en cuanto tal vinculante para las Comunidades Autónomas, así como la primera de ellas pese a ser una Ley preconstitucional, en la medida en que regula materias constitucionalmente incluidas en la competencia estatal.

³⁵⁹ Art. 39.1, a) y b) del Tratado de la UE cit. en la nota precedente (antiguo art. 33.1, a y b, TCE).

Específica referencia hay que hacer, según esta normativa, al estatuto de la propiedad agraria, y por lo mismo fundamentalmente a las disposiciones afectantes a esta institución civil.

1. Unidades mínimas de cultivo

A fin de impedir el excesivo fraccionamiento de las fincas rústicas, la Ley 19/1995 establece el régimen de las “unidades mínimas de cultivo”, que define básicamente –en su artículo 23- con referencia a que la superficie ha de ser “suficiente” para que las labores fundamentales de su cultivo puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, utilizando los medios normales y técnicos de producción, y teniendo en cuenta las características de la agricultura en la comarca o zona; atribuyendo a las Comunidades Autónomas la competencia para fijar su extensión, tanto en secano como en regadío, en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial³⁶⁰.

La misma Ley establece –en ejercicio de la competencia estatal plena en materia de legislación civil (art. 149.1, 8ª CE)-, la prohibición de dividir o segregar una finca rústica que infrinja la unidad mínima de cultivo: la división o segregación de una finca rústica sólo será válida –dice, por ello- “cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo” (art. 24.1). Sancionándose el incumplimiento de la prohibición legal de indivisibilidad con la nulidad de los actos o negocios jurídicos en que se produzca la división o segregación de una finca rústica dando lugar a parcelas menores a la u.m.c. (art. 24.2)³⁶¹; nulidad radical-de pleno derecho (art. 6.3 CC), determinante de la invalidez e ineficacia del acto o negocio *inter partes* y respecto a terceros.

Para proteger la integridad de las fincas rústicas también se establece (art. 26) la exigencia de hacer constar en toda inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad la circunstancia de si es de secano o regadío, su extensión superficial y que sólo es susceptible de división o segregación respetando la

³⁶⁰ Así, en la Región de Murcia, el Decreto autonómico 40/1997, de 6 de junio, fija la UMC en 0,20 hectáreas para terrenos de regadío (de modo general), mientras que para los terrenos de secano la fija con una extensión de 2 a 2,5 hectáreas, según zonas y términos municipales, que especifica.

³⁶¹ En las transmisiones *mortis causa*, la partición de la herencia ha de cumplir asimismo la regla de indivisibilidad de la u.m.c., aún en contra de lo dispuesto por el testador, debiendo aplicarse las normas del CC sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre herederos (conforme establece asimismo la Ley estatal 19/1995, art. 24.3, que no obstante admite determinadas excepciones a la regla de indivisibilidad de la u.m.c. en su art. 25). Sobre las normas del CC aplicables al respecto, *vid.* los arts. 401, pfo 1, 404, 821, 822 y 1062.

extensión de la unidad mínima de cultivo, de acuerdo con lo que establece la misma Ley³⁶².

2. Retracto de colindantes

La misma finalidad de protección de las fincas agrarias determina y justifica el supuesto de retracto de colindantes también regulado por la Ley 19/1995, en su artículo 27, como retracto *especial agrario*, cuya especificidad lo diferencia del regulado de modo *general* por el Código Civil en su artículo 1523, cuyas “normativas resultan convergentes a fin de procurar la explotación más racional y útil de la propiedad agraria”, como ha dicho el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de febrero de 2000. El supuesto del precepto del CC condiciona la existencia y ejercicio del derecho de retracto al cumplimiento de unos requisitos (tratarse de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea, así como de una finca colindante cuya propiedad ostente el retrayente, y de haberse producido la venta de aquélla); precepto del CC cuya comparación con el supuesto especial del retracto legal “agrario”, permite definir a éste por las siguientes diferencias características:

- Primera, que la Ley 19/1995, en su artículo 27, sólo atribuye el derecho de retracto a “los propietarios de fincas colindantes que sean titulares de explotaciones prioritarias” (cuyo concepto define la misma Ley en su artículo 2.2, con base a un criterio subjetivo, relativo a su titular, y otros objetivos, relativos a la explotación agraria, sea ésta familiar o asociativa –arts. 3 a 7-, siempre que sea económicamente viable)³⁶³.

- Y segunda, que la extensión superficial de la finca rústica a retraer ha de ser “inferior al doble de la unidad mínima de cultivo”, por lo tanto superior a esta u.m.c., fijada por la normativa autonómica para cada clase de fincas (de secano o de regadío); a diferencia de la figura de retracto legal regulado por el 1523 CC, que no distingue.

En caso de *conurrencia de retrayentes*, la Ley 19/1995 establece preferencias entre éstos: a) en caso de que con la adquisición de finca colindante se iguale o supere la extensión de la unidad mínima de cultivo será preferido el dueño de

³⁶² El mismo art. 26 de la Ley 19/1995, en su apartado 2, determina que la inexactitud de los datos anteriores no puede favorecer a la parte que haya ocasionado la falsedad, ni enervar los derechos establecidos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sobre la protección del tercero de buena fe que adquiere confiado en los datos del Registro. Sobre los antecedentes y el régimen actual de las u.m.c., CORRAL GIJÓN, M^aC., *La protección ...*, pág. 229 y ss. Asimismo, PÉREZ PÉREZ, E., *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Edit. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 390 y s.

³⁶³ La acreditación de que se trate de “explotación agraria prioritaria” ha de hacerse mediante certificación del órgano competente de la Administración autonómica o bien del Ministerio de Agricultura, con referencia al Catálogo de Explotaciones Prioritarias (arts. 15 y 16).

la finca retrayente; y si en esta situación se hallaren varios colindantes, la preferencia legal se atribuye al dueño de la finca de menor extensión. b) En el caso de que ninguna de las fincas colindantes retrayentes iguale o supere la u.m.c. como consecuencia de la adquisición, la preferencia legal viene atribuida al dueño de la finca de mayor extensión.

Ahora bien, ¿qué sucede en caso de que concurren varios colindantes ejercitando figuras de retracto reguladas en el CC o en otras leyes, como la de arrendamientos rústicos?. En el supuesto de que concurren varios colindantes, ejercitando el retracto especial agrario de la Ley 19/1995 y otro/s del artículo 1523 CC, entendemos que aquél será preferente en caso de que el retrayente sea titular de una explotación agraria prioritaria. Pero en caso de que se ejercite el retracto de comuneros (arts. 1522 y 1642 CC), dada la preferencia que tiene éste respecto al de colindantes (art. 1524, pfo 2 CC), parece que esta preferencia también es aplicable sobre el retracto especial agrario del artículo 27 de la Ley 19/1995, ya que la situación de comunidad es más perturbadora que la de colindancia y debe facilitarse su supresión antes de dar entrada a los extraños³⁶⁴.

La Ley 19/1995, en cuanto al *plazo* de ejercicio del retracto especial agrario que regula, exceptúa el plazo de nueve días desde la inscripción en el Registro de la Propiedad (o en su defecto, desde el conocimiento que el retrayente haya tenido de la venta) que el CC establece (art. 1524, pfo 1), ampliándolo a un año, desde la inscripción en dicho Registro³⁶⁵, a no ser que antes se notifique a los propietarios de las fincas colindantes la venta de la finca, en cuyo caso el plazo será el de 60 días contados desde la notificación (art. 27.4).

3. Concentración parcelaria

La concentración parcelaria es un instrumento técnico-jurídico que tiene por objeto llevar a cabo una reordenación de la propiedad rústica para resolver la cuestión del minifundismo, que en algunas zonas de nuestro país tiene especial gravedad. Se trata con ello de crear unidades de cultivo que sean

³⁶⁴ CORRAL GIJÓN, *La protección ...*, pág. 251, que se refiere asimismo a la concurrencia con el retracto arrendaticio (art. 94 de la Ley de Arrendamientos Rústicos [de 1980], que dice que los derechos de adquisición del arrendatario serán preferentes a cualquier otro, salvo el retracto de colindantes del art. 1523 CC. Excepción ésta que mantiene la LAR vigente de 2003 (art. 22.6), conforme a su redacción de 2005. Se da, pues, legalmente preferencia al arrendatario, salvo cuando exista una situación de minifundismo (fincas menores a una hectárea). Ni que decir tiene que la casuística que puede plantearse puede ser muy variada y en cada caso habrán de decidir los Tribunales.

³⁶⁵ Esta inscripción registral de la venta en cuestión, respecto a la fecha a partir de la cual ha de computarse el plazo del año, ha de ser, conforme al artículo 24 de la Ley Hipotecaria, la fecha del asiento de presentación que deberá constar asimismo en la propia inscripción registral. Ni que decir tiene que el cómputo de plazos ha de hacerse conforme a lo que establece el CC, en su artículo 5.

idóneas en cuanto a la extensión superficial, que ha de ser adecuada para que una finca agraria sea rentable en su aprovechamiento³⁶⁶. Para ello las fincas que pertenecen a cada propietario se someten a un determinado procedimiento administrativo cuya finalidad es sustituirlas por una o varias concentradas. Las fincas “originarias” son aportadas, mediante esta actuación administrativa, para ser sustituidas por otras nuevas llamadas “fincas de reemplazo”. Este tipo de actuación reordenadora de la propiedad rústica, aunque con distinta finalidad, guarda ciertas analogías con la reparcelación de la propiedad urbana, especialmente respecto a su efecto de subrogación real que produce, de las fincas antiguas por las fincas de resultado que reemplazan o sustituyen a aquéllas.

La normativa legal que ha permitido llevar a cabo las operaciones de concentración parcelaria, ha sido la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario-TR de 1973, antes citado, que la regula en su título VI (arts. 171 a 240), que ha recogido y rige aún en aquellas Comunidades Autónomas que han asumido la materia de agricultura como competencia exclusiva pero que no hayan dictado normas reguladoras sobre concentración parcelaria (como sucede en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). En aquellas CCAA que la han regulado (Andalucía, Ley de 3 de julio de 1984, arts. 47 a 51; Aragón, Ley de 28 de diciembre de 1992 (arts. 49 a 63); Asturias, Ley de 28 de noviembre de 1990; Galicia, Ley de Concentración Parcelaria de 14 de agosto de 1985; Cantabria, Ley de 13 de noviembre de 2000 (arts. 37 a 42); Castilla y León, Ley de 28 de diciembre de 1990, de Concentración Parcelaria; y Navarra, Ley Foral de 7 de marzo de 2002 (arts. 15 a 30), la respectiva legislación autonómica prevalece sobre la citada Ley estatal, que se aplica como Derecho supletorio (art. 149.3 CE).

La concentración parcelaria se halla sujeta a un procedimiento – administrativo- muy minucioso y complejo, integrado en su trámite por una serie de actos administrativos con efectos de Derecho privado, dada su especial incidencia en el derecho de propiedad y demás derechos sobre las fincas (servidumbres, arrendamientos, aparcerías, etc.), y su reflejo en el Registro de la

³⁶⁶ Sobre la concentración parcelaria, en la doctrina civilista, DE LOS MOZOS, J.L., “La defensa de las titularidades dominicales, registrales y extrarregistrales, y el procedimiento de concentración parcelaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y Registral*, 1964; VATTIER FUENZALIDA, C., “Reforma de estructuras y concentración parcelaria”, en *Derecho Agrario y Alimentario*, 6-7, 1987; BUENO, M., “La reforma de las estructuras agrarias en las zonas de pequeña y mediana propiedad en España”, *Agricultura y Sociedad*, 7, 1978; y en la doctrina administrativista, GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La impugnación y efectos de los actos administrativos dictados en materia de concentración parcelaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 300, 1953; y BERMEJO LATRE, J.L., “Concentración parcelaria y Ordenación rural”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 13, 1998.

Propiedad (cancelación de anteriores asientos y nuevos asientos)³⁶⁷. El acuerdo aprobatorio de la concentración parcelaria, en una determinada zona –de la que se excluyen determinados terrenos (de dominio público, comunales, etc)-, declara la utilidad pública de la actuación y, entre sus efectos, están el dar a las nuevas fincas acceso a las vías de comunicación (para lo que se crean o modifican los caminos precisos), expropiaciones, permutas de fincas, traslado de cargas reales de las antiguas a las nuevas fincas, toma de posesión de éstas por los propietarios, e inscripción de todas las fincas de la zona en el Registro de la Propiedad. La regulación de esta materia es muy prolija, no solo en la LRDA estatal, también en la legislación autonómica, y su aplicación suscita abundantes problemas jurídicos, dado el tradicional apego a su tierra del agricultor.

El dominio y demás derechos reales y situaciones jurídicas existentes en las fincas sujetas a concentración parcelaria pasan así a recaer sobre las fincas de reemplazo del modo y con las circunstancias que la Ley establece, en virtud del principio de subrogación real; si bien respecto a las servidumbres prediales, éstas se extinguen, modifican, conservan o crean, de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad (art. 230 LRDA). Las fincas y derechos resultantes de la nueva ordenación de la propiedad concentrada, han de ser inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a la normativa contenida en la LRDA (arts. 235 a 239), en conexión con la legislación hipotecaria (art. 66 de la

³⁶⁷ El procedimiento se inicia normalmente a solicitud de determinados porcentajes de propietarios de la zona, aunque si la dispersión reviste especial “gravedad” o si lo solicitan el ayuntamiento, la Administración agraria (antes la del Estado, ahora la autonómica) puede iniciar de oficio la concentración. La actuación más importante consiste en fijar las llamadas *bases de la concentración*, que han de incluir la delimitación de la zona afectada, la clasificación de las tierras y fijación de coeficientes para llevar a cabo las compensaciones precisas, la declaración de propietarios de las parcelas y la relación de gravámenes sobre éstas (art. 184 LRDA); cuyas bases se elaboran, previa encuesta pública, por la Comisión Local de Concentración Parcelaria (arts. 15 a 18 LRDA), y que, tras un período de información pública, se aprueban definitivamente por la Administración actuante. Después, sobre estas “bases” se elabora el “proyecto de concentración”, que ha de ser sometido también a información de los interesados –que la Ley denomina “encuesta”-, y cuyo proyecto determina la nueva distribución de la propiedad, localización de las nuevas fincas (“de reemplazo”), servidumbres, etc. (arts. 197 a 200 LRDA); determinaciones que han de reflejarse formalmente en el “acta de reorganización de la propiedad” (art. 222 LRDA). Un procedimiento, pues, complejo, en el que participan los interesados, y que desemboca en la imposición coactiva de las subrogaciones reales en que, en definitiva, se traduce la concentración parcelaria (*vid.* LÓPEZ RAMÓN, F., “Agricultura”, en *ob. cit.*, pág. 329 y s).

La LRDA regula asimismo las concentraciones parcelarias “de carácter privado”, cuando un máximo de tres propietarios lo solicite a la Administración agraria y así lo autorice ésta, para realizarla respecto a las parcelas que se aporten voluntariamente, en cuyo caso el procedimiento de concentración se simplifica conforme a las normas contenidas en el artículo 240 de dicha Ley, con los beneficios fiscales que la Ley establece (entre ellos, en caso de permuta de fincas, las que establece la Ley 19/1995, en su artículo 12, *infra*, D).

Ley, y 111 y ss de su Reglamento), y tributario (catastro de rústica, actos jurídicos documentados).

4. Permuta de fincas rústicas

En caso de permuta voluntaria de fincas rústicas, formalizada en escritura pública, cuando uno de los permutantes es titular de una explotación agraria “prioritaria” (*supra*) y la permuta cuente con autorización administrativa – estatal o autonómica- del organismo competente en esta materia, la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, establece en su artículo 12, que está exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, o en el Impuesto del Valor Añadido (IVA), siempre que la permuta tenga alguna de las siguientes finalidades: a) eliminar parcelas enclavadas, entendiéndose por tales las así consideradas en la legislación general de reforma y desarrollo agrario; b) suprimir servidumbres de paso; c) reestructurar las explotaciones agrarias, incluyendo en este supuesto las permutas múltiples que se produzcan para realizar una concentración parcelaria de carácter privado.

IV. FACULTADES INTEGRANTES DEL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD AGRARIA

La propiedad privada integra de modo abstracto y genérico las facultades de “gozar y disponer de una cosa” (art. 348 CC); facultades que definen esencialmente el ámbito medular de este prototipo de derecho subjetivo patrimonial, constitucionalmente reconocido y garantizado (arts. 33.1 y 53.1 CE). Contenido en facultades que, por ello, la legislación básica estatal reguladora del suelo también identifica, explícitamente, de modo general, respecto de la propiedad del suelo, al establecer que este derecho “comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo” –los clásicos *ius utendi et fruendi*-, aun cuando estas facultades hayan de ejercerse “conforme al estado o situación [del suelo, según sea ésta rural o urbano], clasificación, características objetivas y destino” que la tierra o suelo tenga, según la legislación aplicable al respecto, como determina la LS-TR de 2008 (artículo 8.1); y que por lo que se refiere a la propiedad rústica cuyo uso y destino sea el agrario, lógicamente será la legislación aplicable en esta materia, a que remite la legislación básica del suelo.

Ni que decir tiene que las consideraciones que, de modo general, se han hecho con anterioridad³⁶⁸, sobre las facultades dominicales de uso y disfrute, por una parte, y por otra de la de disposición, por el dueño de un bien o cosa,

³⁶⁸ En el Capítulo Segundo, apartado III.

vienen moduladas conforme al estatuto jurídico de la propiedad agraria, por el tipo propio y característico de bien inmueble (en terreno situado en suelo rústico) y el tipo de destino, uso y aprovechamiento agrario o agrícola, de que se trate.

1. La facultad de cultivar

La facultad de uso y disfrute de un terreno rural destinado al cultivo agrícola la podrá ejercitar el mismo propietario (*ut dominus*), u otra persona (arrendatario, usufructuario, aparcerero, etc.), realizando en el terreno las plantaciones o siembras “que le convengan” (art. 350 CC), sin perjuicio de las limitaciones que las leyes establecen. Corresponde, pues, al dueño o titular del derecho habilitante al efecto, elegir libremente, a la conveniencia de su particular utilidad o interés, el tipo de aprovechamiento que considere adecuado a la naturaleza –rústica- del fundo o terreno.

La facultad de cultivar la tierra, el *ius colendi*, es la que en general define el tipo más característico de uso y aprovechamiento propio del suelo rústico. Constituye, por ello, el contenido “natural” de la propiedad agraria; a diferencia del aprovechamiento urbanístico característico de la propiedad urbana, cuya materialización en el terreno presupone la dinámica de un proceso de planeamiento y gestión urbanística que culmina con el ejercicio del *ius aedificandi*. También en terrenos de suelo rústico cabe la posibilidad jurídica de realizar obras de construcción, aunque el tipo de obras admisibles en suelo rural se limita a aquellas que sean necesarias para realizar las instalaciones y construcciones precisas para el uso y disfrute del suelo conforme a su naturaleza, y dentro de los límites que la ley (autonómica) y la ordenación territorial y urbanística, según establece la legislación estatal del suelo básicamente (art. 8.2 LS-TR de 2008, modificado por la Ley 8/2013). La normativa autonómica en materia de urbanismo admite en general, en este sentido, la posibilidad de construir, en el medio rural, vivienda unifamiliar, esto sí bajo condición de que ésta se halle vinculada a la explotación propia de la finca, como se considera más adelante.

La elección del tipo de aprovechamiento agrario (cultivo, plantación, etc.), que corresponde al propietario de la finca rústica, responderá naturalmente al interés o utilidad particular que es propio de aquél. Corresponde al titular del dominio decidir, por lo tanto, en relación al uso, destino y explotación que estime conveniente a su propio interés. La delimitación legal del contenido de la propiedad agraria en relación a la “función social” que este derecho haya de cumplir (art. 33.2 CE), impone, sin embargo, la fijación de determinados límites, limitaciones y deberes que, en interés general, establece el complejo régimen estatutario de la propiedad agraria en nuestro ordenamiento. En este sentido, el *ius colendi*, en razón asimismo de la subordinación de la riqueza –sea cual fuere su titularidad- al interés general (art. 128.1 CE), en cuanto facultad ínsita en la

propiedad agraria, aparece también condicionado en su *ejercicio*, por la configuración de un *deber* de realizar determinadas labores y cultivos agrícolas y de efectuar la explotación de la tierra conforme a criterios técnicos-económicos que sean adecuados a su destino agrario³⁶⁹.

En todo caso, la restricción de las facultades de decisión del propietario relativas al uso, destino y aprovechamiento de un fundo rústico, que supone la imposición de determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, “orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales” –como dice la conocida sentencia constitucional 37/1987-, tiene no obstante como límite constitucional no solo el contenido esencial del derecho de propiedad, sino también el de que, precisa y cabalmente por ello, la regulación de la propiedad rústica –dice la misma sentencia- “no haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales inherentes al dominio, delimitado por su función social”; ni desnaturalice aquel derecho constitucional “que lo haga irreconocible como perteneciente al tipo descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica” (S. TC 11/1981, FJ 10, que reitera la citada S. 37/1987, en su FJ 2).

La incidencia que la normativa que limita, en el plano jurídico-público, la facultad dominical de uso y aprovechamiento de la propiedad agraria, reduciendo el ámbito de libre decisión sobre el tipo de su utilización, destino, cultivo, y en definitiva de explotación de su finca, en pro del interés general, ha de permitir, no obstante, la utilidad particular a que institucionalmente viene avocado como tipo de derecho de propiedad privada de la tierra (en conexión con el derecho de libre empresa en una economía de mercado).

El cultivo de fincas rústicas es, pues, característico de la actividad agraria y define tradicionalmente este tipo de actividad económica, aunque las actuales técnicas biológicas y ecológicas trasciendan del cultivo tradicional y permitan un mejor aprovechamiento de los fundos, incluso con independencia de la climatología. La política agraria de la Unión Europea ha incidido, sin embargo, en la agricultura tradicional, bajo el criterio economicista de la rentabilidad de la tierra, primando la explotación de las fincas productivas y abandonando las

³⁶⁹ Con carácter general, el artículo 1 de la LRDA dispone que el suelo rústico *deberá utilizarse* en la forma que mejor corresponda a su naturaleza; y el 2º señala la *obligación del titular* a que la tierra *sea explotada* con criterios técnicos-económicos adecuados, según su destino agrario más idóneo. La STS de 2 de diciembre de 1982 (Cdo 3º), entiende que el genérico deber de cultivar, que va aparejado a la titularidad, se reduce estrictamente al cultivo y no lleva implícita, por ejemplo, la facultad o el deber de levantar una cerca. Sin embargo, no puede admitirse su reducción estricta al mero cultivo. Se trata, por el contrario, de un amplio deber, derivado de la función social que grava sobre la tierra (BARNÉS VÁZQUEZ, en *La propiedad constitucional ...*, pág. 552).

tierras que no lo son, para dedicar éstas a pastos, bosques o mera conservación del medio ambiente y del hábitat humano³⁷⁰.

2. En particular, el uso y aprovechamiento de agua para regadío y títulos jurídicos que lo legitiman

Parece oportuno hacer referencia, aunque sea breve –dada la extensión y complejidad del llamado Derecho de aguas- al régimen de los regadíos y, en concreto, a los títulos jurídicos que habilitan el aprovechamiento de este recurso natural para usos agrícolas. La vieja Ley de Aguas de 1879 consideraba –no se entra en detalle- que pertenecían al dominio público las aguas corrientes (*aqua profluens*) de los ríos y arroyos, por lo que *a contrario* eran de dominio privado las aguas de los manantiales y las aguas subterráneas que se hallen dentro de la finca o predio particular; lo mismo que el CC (artículo 408), por lo que “desde que salgan de dichos predios”, como dice el propio Código, son de dominio público (art. 407.8º). La jurisprudencia –reiteradísima- interpretó los términos nacer y hallar que el artículo 408 CC como alumbrar, no como mera existencia de las aguas, ya que hasta su alumbramiento las aguas –subterráneas- se consideraban *res nullius*; añadiendo el mismo CC (arts. 417 y s) que el propietario de la finca, u otra persona con su permiso, puede investigar y hacer suyas las aguas alumbradas. Normativa legal en la materia, rectora de la política de regadíos, de las estructuras agrarias y del desarrollo rural, regulada por la LRDA, que aunque preconstitucional, en gran parte se halla en vigor.

Con la Ley de Aguas de 1985, todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, pasan a ser de dominio público (artículo 2), en razón de estar integradas todas ellas en el ciclo hidrológico y constituir por ello un recurso unitario. En consecuencia, todos los derechos –entre ellos los de regadío de predios o fincas rústicas privadas- son títulos jurídicos públicos, que se otorgan por concesión o conforme a disposición legal, y no se admite la adquisición del derecho, uso y aprovechamiento privativo del dominio público hidráulico, ni siquiera por usucapión, que la legislación precedente admitía y que solo temporalmente –durante un plazo máximo de 75 años- la nueva Ley admite, en su Disposición transitoria 1ª, en caso de que el aprovechamiento se hubiera adquirido por prescripción de 20 años (artículo 409.2º CC), antes de la entrada en vigor de la propia Ley de 1985 (y del actual Texto Refundido de 20

³⁷⁰ CORRAL GIJÓN, Mª C., *La protección registral ...*, pág. 94. Aquí están –dice- la economía y la política agraria; deben aplicarse mediante la planificación más adecuada. En todo caso, lo que no es admisible es la inversión urbanística desordenada. Si es preciso edificar en el campo, que sea de un modo regulado y consecuente. (A esta cuestión, se dedica por nuestra parte, el epígrafe V, que incluye la construcción de vivienda unifamiliar vinculada a la explotación, y la extensión de la actividad turística al medio rural, bajo determinadas condiciones de que el desarrollo de este medio sea “sostenible”).

de julio de 2001). Así pues, y como considera el TS (Sala de lo Civil) en su sentencia de 20 de julio de 2004, queda impedida la eficacia de futuro de la usucapión del derecho de uso privativo de aguas públicas a partir de la vigencia de la nueva Ley de Aguas, desde el 1 de enero de 1986, a partir de la cual el derecho de aprovechamiento, que antes tenía duración indefinida, pasa a tener un límite temporal de 75 años como máximo. (Cabe entender, pues, derogado el art. 409.2º CC, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas el 1-1-1986, aunque sin perjuicio de la eficacia *pro futuro* de la *usucapio* del aprovechamiento de aguas públicas adquirida según dicho precepto civil, conforme a la referida transitoria de la Ley de Aguas).³⁷¹

Por lo demás, el régimen transitorio de la vigente Ley de Aguas respecto a la situación de los titulares de derechos sobre *aguas privadas* procedentes de *manantiales* y cuyos derechos se hayan adquirido conforme a la LA de 1879, sin perjuicio de la posibilidad de optar en el plazo de tres años (antes de 1-1-1989) por la protección jurídico-administrativa derivada de su inscripción en el Registro de Aguas, como aprovechamiento temporal de aguas privadas, cuya explotación continuaría durante 50 años (pasando después al régimen de concesión administrativa que podría otorgarse durante otros 75 años), conforme a la Disposición Transitoria 2ª de la vigente LA; régimen que, análogamente, se aplica a los titulares de derechos sobre *aguas privadas procedentes de pozos o galerías* adquiridas conforme a la LA de 1879, en el caso de que opten por la protección administrativa mediante su inscripción en el propio Registro de Aguas (conforme a la Disposición transitoria 3ª de la vigente Ley de Aguas). Se trata, pues, en estos casos, de aguas privadas o de dominio privado, en virtud de títulos jurídicos adquiridos conforme a la precedente LA de 1879 y al CC (artículo 408), que se mantienen si sus titulares optan por continuar en la misma situación jurídica derivada de esta normativa precedente; aunque la legislación vigente en la materia (1985 y actual Texto Refundido de 2001) también les da la opción de obtener la protección jurídico-pública derivada de la inscripción del aprovechamiento en dicho Registro administrativo, en cuyo caso su régimen pasaría de ser el civil, de la propiedad privada, al administrativo como dominio público.

Supuesto distinto, en cuanto comprende incluso la posibilidad de *transferencia* de derechos de uso o aprovechamiento privativo de aguas públicas, entre particulares, mediante la cesión temporal del concesionario o titular del derecho (cedente) a otra persona (cesionario), de un determinado caudal o

³⁷¹ La propia sentencia del TS de 20 de julio de 2004 considera respecto a que la prescripción sea “acreditada”, que es “irrelevante que no se hayan inscrito en el Registro de la Propiedad antes de 1 de enero de 1989”, porque “aún siendo obligatoria (esta inscripción), no es constitutiva, sino meramente declarativa...”, y no supone que no puedan ser acreditados e inscritos después de esta fecha, aunque no pueden gozar de los beneficios fiscales que la propia transitoria 1ª.2 determina.

volumen de agua, mediante el contrato –en principio de naturaleza civil, *inter privatos*, que subyace a la relación jurídico-administrativa entre Administración y el cesionario-, aunque intervenido por la Administración pública (hidráulica, competente para autorizarlo), en razón de su objeto, que supone el aprovechamiento de un determinado bien de utilidad pública, en cuanto integrado en el dominio público hidráulico. La sujeción a normas jurídico-públicas, que han dado entrada en nuestro ordenamiento al llamado mercado del agua, con la modificación de la LA de 1985 por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre (y que el actual Texto Refundido de la LA de 2001, recoge en sus artículos 67 a 72), impone por ello una serie de limitaciones a la voluntad de los contratantes, atendiendo al agua objeto de cesión (volumen, carácter consuntivo o no del uso privativo, etc.), forma, inscripción registral (en el Registro de Aguas y en el de la Propiedad), etc.³⁷²

3. La facultad de disposición

La posibilidad que el propietario tiene de enajenar, total o parcialmente, esto es, de transmitir la propiedad de una finca o bien de gravarla constituyendo sobre ella un derecho obligacional (arrendamiento) o real limitado (usufructo, etc.), es una facultad ínsita en el derecho de propiedad privada (art. 348 CC) y guarda íntima conexión con la institución de la herencia (art. 33.1 CE) en el supuesto de que la disposición sea *mortis causa*. El menor dinamismo de la propiedad de fincas rústicas, en comparación con la propiedad urbana, se pone de manifiesto, a este respecto, en la existencia de un régimen especial sucesorio en materia de colonización agraria y en materia de arrendamientos rústicos³⁷³.

³⁷² Sobre el tema, *vid.* “El llamado mercado del agua en la Ley 46/1999”, de LÓPEZ PELLICER, J.A., en *Reflexiones sobre el futuro del agua ante el siglo XXI* (Libro homenaje a E. Pérez Pérez), Consejería de Agricultura-CAM, 2001 (págs. 355 y ss). Asimismo, COBACHO GÓMEZ, J.A., “El contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas públicas”, en *Derecho de Aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006 (págs. 363 y ss). En esta última obra se incluyen una serie de estudios realizados con motivo del II Congreso Nacional de Derecho de Aguas, celebrado en Murcia, 2005, y que en conjunto sustituye un tratamiento jurídico integral de la materia, desde la perspectiva europea y especialmente española. En el aspecto aquí considerado, ha de citarse, además del estudio del profesor COBACHO GÓMEZ, los de PÉREZ PÉREZ (Capítulos II y XXIV) y ATAZ LÓPEZ, J. sobre la protección registral desde la perspectiva del Derecho Civil (Capítulo XX).

³⁷³ DE LOS MOZOS, J.L., “La sucesión *mortis causa* en la explotación agraria familiar”, en el libro *Operación Jovellanos* (dir. A. Ballarín), Ministerio de Agricultura, Madrid, 2000. Propone el profesor DE LOS MOZOS ciertos retoques en el CC, para facilitar el mantenimiento de la unidad de la explotación agraria. Véase asimismo, sobre la cuestión de la sucesión hereditaria de explotación agrarias, CORRAL GIJÓN, M^ªC., *La protección registral ...*, pág. 194 y ss. La transmisión hereditaria plantea específicamente la cuestión de que en la finca exista una explotación agraria y hayan varios herederos que no se pongan de acuerdo para que ésta continúe funcionando sin

Evitar que la disposición del propietario incida negativamente en la suficiencia que la superficie de una finca rústica ha de tener para hacer factible un aprovechamiento satisfactorio, justifica la fijación legal de determinados límites, como sucede con el régimen de unidades mínimas de cultivo, que implica la prohibición de dividir o segregar fincas rústicas que no cumplan esos mínimos de superficie, bajo sanción de nulidad del acto de disposición, como antes se ha indicado; o bien condicionando legalmente la voluntad dispositiva del dueño, mediante el régimen del retracto legal agrario que da preferencia a los propietarios de fincas colindantes que son titulares de explotaciones agrarias prioritarias, al que también se ha aludido; entre otros supuestos de límites jurídicos, que vinculan legalmente la voluntad de los propietarios de fincas rústicas en el ejercicio de la facultad de disposición ínsita en su derecho de dominio.

V. ESPECIAL REFERENCIA AL *IUS AEDIFICANDI* EN SUELO RÚSTICO. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA A ESTE RESPECTO

La actual normativa estatal del suelo regula las “situaciones básicas” en que éste física y jurídicamente puede hallarse, a partir de la situación de “suelo rural” o rústico, que contrapone a la de “suelo urbanizado”, es decir, ya transformado en su caso, en esta última situación, por la ejecución de actividad urbanizadora y conforme a la legislación urbanística autonómica. Así lo establece la LS-TR de 2008, en su artículo 12, donde define básicamente dichas “situaciones” o estados del suelo, remitiendo a la “ordenación territorial y urbanística” la regulación de estas materias, conforme al deslinde competencial establecido por el bloque normativo constitucional (CE y Estatuto de Autonomía respectivo), como es bien conocido. Pues bien, la propia Ley estatal de Suelo establece, en su artículo 8.2 y 3 (según su actual redacción por la Ley 8/2013), como facultad contenida en el derecho de propiedad de suelo rural³⁷⁴, la de construir en el mismo en determinados supuestos.

dividirla. Sobre esta materia, la doctrina ha evolucionado desde la posición del CC, sobre la voluntad del testador, a la de mantenimiento de la unidad de explotación vinculada al patrimonio agrícola familiar (Ley de 24 de diciembre de 1981, sobre el estatuto de la explotación familiar agraria), aun cuando los cambios experimentados en materia de agricultura y la multiplicidad de funciones –no solo económicas, también sociales, medio-ambientales y de ordenación del territorio-, que condicionan el tipo de explotación agraria y empresarial, inciden asimismo en el problema. No obstante, a su solución puede coadyuvar, en opinión de DE LOS MOZOS, el acudir a la mejora o a las facultades que confiere al testador el artículo 1056 CC, lo que permite mayores posibilidades en el contexto en el que se pueden otorgar o modificar en cualquier momento capitulaciones matrimoniales.

³⁷⁴ Más atrás, en el Capítulo Cuarto (apartado IV.2.A), se ha tratado de definir el *ius aedificandi* y el concepto de *edificación*, que *sensu stricto* se refiere a la propiedad urbana y que en este sentido

Ahora bien, la remisión que la Ley estatal de Suelo hace, a este respecto, a la ordenación territorial y urbanística obliga a tener en cuenta la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma, que por lo general prevé la posibilidad de realizar construcciones y obras que no solo se refieren a aquellas que sirven como propias de la explotación agraria (canales de riego, casitas de aperos de labranza, etc.), sino también, y como es natural, para que sirvan de morada para el agricultor y su familia, la posibilidad de construir viviendas de carácter “unifamiliar” en suelo rústico/no urbanizable³⁷⁵. Supuesto distinto, pero considerado compatible con el entorno rural viene constituido por el llamado turismo rural, que siempre que sea compatible con la sostenibilidad ambiental, también admite nuestro ordenamiento jurídico como tipo de industria complementaria de la agraria, en orden al desarrollo rural.

1. Régimen de la edificación en suelo rústico –no urbanizable y urbanizable sin sectorizar- en la Región de Murcia

parece utilizar la actual LS estatal, para distinguirla de las “construcciones” en suelo rural, aunque según la Ley estatal 38/1999, de ordenación de la edificación, también éstas tienen desde la perspectiva más amplia de esta última Ley, el carácter legal de “edificación”, según su art. 2. Lo que en todo caso se pretende es establecer la improcedencia de construir en suelo rural edificios característicos y propios de zonas urbanas, de la ciudad.

Sobre la “vinculación al uso natural del suelo como elemento determinante para su autorización”, respecto a las “construcciones y viviendas agrarias en suelo rural”, véase asimismo MACHACÓN DÍAZ, F.J., en la *Revista Práctica Urbanística*, Edit. La Ley, nº 123 (2013), pág. 28 y ss.

³⁷⁵ Así, en la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma: *Andalucía*, Ley 7/2002 (art. 52.1,B,b y 57.1,2^a); *Aragón*, Ley 3/2009 (arts. 31,a y 32); *Asturias*, TR-Dec. Legislativo 1/2004 (art. 124); *Baleares*, Ley 6/1997 (arts. 21.1,a, y 22.2); *Canarias*, TR-Dec. Legislativo 1/2000 (arts. 55,b y c, y 63.2,a); *Cantabria*, Ley 2/2001 (arts. 109, 112.3 113 y 114); *Castilla-La Mancha*, TR-Dec. Legislativo 1/2004 (arts. 54.1,2^o,f; que desarrolla el Reglamento aprobado por el Decreto 242/2004, art. 11.2); *Castilla y León*, Ley 5/1999 (arts. 23.2, e, y 26,a,1^o); *Cataluña*, TR-Dec. Legislativo 1/2010 (arts. 47.6,b y 49,c); *Extremadura*, Ley 15/2001 (arts. 13.2,b; 18.2 y 3, y 23,g); *Galicia*, Ley 9/2002 (art. 43); *La Rioja*, Ley 5/2006 (arts. 51.2,f, y 52); *Madrid*, Ley 9/2001 (arts. 28.1,b, y 29, 1 y 3,a); *Murcia* (ver texto, *infra*, A); *Navarra*, Ley Foral 35/2002 (art. 116); *País Vasco* (Ley 4/1990, art. 28.4); y *Comunidad Valenciana*, Ley 16/2004 (art. 18.1,c, y 2; 21 y 22). En la bibliografía sobre la materia, *vid.* RUIZ ARNÁIZ, G., *Régimen urbanístico del suelo rústico, en especial la construcción de viviendas*, Edit. La Ley, 2006, donde se expone la normativa autonómica aplicable al respecto en sus respectivos territorios, lógicamente a la fecha de publicación del libro, que también contiene una extensa bibliografía en la materia de que se trata. La *legislación agraria* incluye como bienes integrantes de la explotación agraria, además de los bienes de naturaleza rústica *sensu stricto*, la vivienda con dependencias agrarias y las construcciones e instalaciones agrarias, siempre que se hallen afectas a la explotación (art. 2 LRDA). Sobre los distintos modelos, según la legislación autonómica, de acreditar la vinculación de las construcciones y viviendas agrarias en suelo rural, *vid.* el estudio de MACHACÓN DÍAZ, F.J., cit. en la nota anterior, pág. 37 y ss.

En suelo rústico clasificado por el planeamiento urbanístico general como no urbanizable o como urbanizable pero sin delimitar sectores de ordenación (“sin sectorizar”), la diferencia fundamental es que el primero queda excluido o “preservado de su transformación mediante la urbanización” –como dice la citada LS estatal (art. 12.2,a)- por existir en dicho suelo valores agrarios, forestales, ecológicos o paisajísticos que determinan y justifican la exigencia de protegerlo y conservarlo; mientras que, en otro caso, cabría la posibilidad de efectuar esa transformación urbanística mediante la urbanización del suelo. (De donde su clasificación como “urbanizable”, cuyos “sectores” delimita bien el plan general, como suelo sectorizado –cuya ordenación urbanística completará después el correspondiente plan parcial-, o bien como “no sectorizado”, que admite la posibilidad de delimitar sectores, en esta última categoría de suelo urbanizable, en ejercicio por los propietarios de su derecho de transformación urbanística, en cuyo caso vendría equiparado a aquél).

La LS de la Región de Murcia –TR aprobado por Decreto Legislativo 1/2005- distingue, según esto, varios supuestos, a partir de esta clasificación y “categorización” del suelo, previendo excepcionalmente la posibilidad de edificar en suelo rústico/no urbanizable y en el urbanizable “sin sectorizar”. Veamos.

A) Posibilidad de construir, en suelo no urbanizable, vivienda unifamiliar vinculada a la explotación agraria

Los propietarios de suelo no urbanizable tienen el derecho –y el deber- de usar y disfrutar sus terrenos conforme a la naturaleza –rústica- de los mismos, esto es, a realizar su aprovechamiento agrario, forestal, etc., dentro de los límites que la ordenación sectorial y urbanística establezca. Así lo establece la LS murciana, arts. 74 y 75, en consonancia con la normativa estatal básica en materia de suelo, que también admite la posibilidad de realizar las instalaciones y construcciones necesarias para realizar el aprovechamiento y utilización o usos propios del suelo rústico (naves, almacenes, invernaderos, etc.). Admite también, aunque excepcionalmente, además de la ejecución de obras e instalaciones y servicios públicos necesarios (carreteras, ferrocarriles, etc.) que constituyen los llamados sistemas generales (de dominio público), la edificación para *uso* de vivienda unifamiliar, que ha de estar ligada a la actividad productiva de la explotación de la finca; supuesto al que ha de dedicarse especial atención, ya que si bien es lógico –y natural- que la persona (agricultor, ganadero, etc.) que realice la actividad de explotación de la finca rústica pueda habitar con su familia en la misma, sin embargo, no puede dársele una interpretación extensiva, que veda el carácter mismo de excepcionalidad que al supuesto da la norma legal (art. 77.2), como en parecidos términos, otras leyes urbanísticas autonómicas.

Centrándonos en el aspecto sustantivo del supuesto legal –dejamos aparte el aspecto formal, relativo al procedimiento de autorización de las obras-, son dos fundamentalmente las condiciones o requisitos legales a que se subordina la aplicación del supuesto:

-Uno, que la finca tenga una *superficie* que, como mínimo, se fija en dicho artículo legal (77.2), en “suelo no urbanizable protegido por el planeamiento”, en dos hectáreas (20.000 m²), que en suelo “inadecuado” se reduce a una hectárea (10.000 m²), y aún más en el caso de que “la finca hubiera surgido en escritura pública de fecha anterior al 17 de junio de 2001”³⁷⁶, en cuyo caso la superficie mínima se reduce a media hectárea (5.000 m²).

-Y dos: el supuesto legal, en todo caso, combina el criterio de la superficie con el de la *función*, supuesto que la superficie mínima se refiere a la “explotación, entendida como agrupación de predios que constituyan una unidad funcional”, destinada a dicha *explotación* hay que entender. Lo que remite a lo previsto en la legislación hipotecaria, en lo que se refiere a la inscripción de esa “agrupación de predios” como una sola finca registral, si lo solicitaren los interesados y siempre que pertenezcan a un solo dueño o a varios pro-indiviso³⁷⁷.

Ni que decir tiene que la “vivienda familiar”, situada en una finca así entendida, excluye en cuanto tal y por sus propias características (ha de ser una construcción o edificación aislada, sin urbanización según el tipo de suelo, etc.) la formación de un núcleo de población, así como que la vinculación del uso de la vivienda a la explotación también limita su utilización a la residencia del interesado (agricultor, ganadero), sea propietario o no de la vivienda, lo que

³⁷⁶ Fecha ésta que se toma como referencia legal porque es en la cual cuando comenzó la vigencia de la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia, conforme a la Disp. Final de la misma.

³⁷⁷ Art. 8,2º de la Ley Hipotecaria y 44.3º de su Reglamento. Este último establece que: “Se inscribirán bajo un solo número, si los interesados lo solicitaren, considerándose como una sola finca con arreglo al artículo 8 de la Ley y para los efectos que el mismo expresa, siempre que pertenezca a un solo dueño o a varios pro indiviso: [...] 3º. Las explotaciones agrícolas, aunque no tengan casa de labor y estén constituidas por predios no colindantes, siempre que formen una unidad orgánica, con nombre propio, que sirva para diferenciarlas y una organización económica que no sea la puramente individual, así como las *explotaciones familiares agrarias*”. (La referencia a este tipo de explotaciones ha sido derogada por la Ley de 24 de diciembre de 1981, rigiéndose por la Ley 19/1995, que regula las explotaciones agrarias prioritarias, que pueden ser individuales o familiares).

Esa agrupación de predios en una única finca, a efectos registrales, puede referirse a varios predios aunque no sean colindantes, como ha considerado la Dirección General de Registros y Notariado, en su Resolución de 23 de abril de 2005, según la cual “el propio Centro Directivo ha estimado que la constitución de una finca funcional exige la observancia de dos requisitos: la declaración de voluntad del interesado en orden a que se constituya la finca única, y establecimiento de cual sea esa relación de dependencia que es la base del trato unitario, no siendo suficiente la mera decisión de propietario”.

excluye la posibilidad de cualquier otro uso, turístico, segunda residencia, etc., que no sea el de la propia actividad productiva de la explotación de la finca rústica.

Y por lo demás, la exigencia de autorización o licencia municipal, formalmente habilitante de la ejecución de las obras de vivienda, obliga al interesado a acreditar ante la Administración municipal el cumplimiento de dichos requisitos legales y, por ende, de la vinculación a una explotación rústica, mediante aportación no solo de la correspondiente certificación registral sino también administrativa (así, certificación de la inscripción de la explotación –agraria, etc.- en el correspondiente Registro de la Administración autonómica y del alta en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia de la explotación agraria, etc. Las condiciones específicas del acto de autorización o licencia ha de ser objeto de inscripción asimismo en el Registro de la Propiedad (conforme a la LS estatal-TR de 2008, art. 51, apartado d, en conexión con el 88.1,b, LS autonómica cit.).

B) Posibilidad de edificar en suelo urbanizable “sin sectorizar”, vivienda unifamiliar y otro tipo de construcciones con destinos socio-económicos de interés público

Así lo admite también, en esta clase de suelo la Ley murciana (arts. 88.3,d y 84.D), por cuanto también los propietarios de terrenos han de usarlos y aprovecharlos conforme a la naturaleza –rústica- de los mismos (art. 78.1 LS murciana), mientras tanto no promuevan su transformación urbanística y ésta se realice. La vinculación de la vivienda unifamiliar viene, sin embargo, vinculada no solo a explotaciones agrarias, sino a otros tipos de actividades y servicios públicos (que el art. 83.3 determina) y se fija que la parcela mínima ha de ser “superior a 5.000 metros cuadrados” (art. 84, D-1), que se reduce a 2.500 m² (“siempre que la misma tuviera constancia oficial antes de la entrada en vigor de la Ley estatal 6/1998”, que admite la posibilidad de agrupación de otras que cumplan los mismos requisitos).

Este último supuesto lo refiere la propia Ley autonómica (art. 84, D-2) al suelo urbanizable “especial”, que la Ley distingue del urbanizable “sin sectorizar” (art. 66.2 y 4, respectivamente), y que con referencia a la “huerta tradicional de la Región de Murcia”, se hallen parcialmente urbanizados, por lo que viene a equipararse al régimen del suelo urbanizable “sectorizado” (art. 66.2, pfo 2), y cuyo supuesto ha merecido ser negativamente criticado³⁷⁸, aunque

³⁷⁸ Vid. LÓPEZ PELLICER, J.A.: *La ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia* (en colaboración con PÉREZ ALCARAZ, S. y LÓPEZ CÁNOVAS, Á.), Edit. DM, Murcia, 2009, pág. 176. Podrá argüirse que el legislador autonómico ya ha sido consciente de ese riesgo o peligro, al establecer (art. 82.3) la “suspensión” del régimen transitorio cuando se llegue al “grado de colmatación” a que se refiere respecto al Plan General (art. 101, 3, b). Pero, como dice el mismo autor, cuando se haya colmado –“colmado”- de construcciones en un grado apreciable, el

se califique también como “especial”, porque lo lógico –y legalmente obligado, según la legislación básica estatal del suelo- es que se completara su urbanización; generándose además el riesgo de que se obstaculice su transformación urbanística por haberse anticipado la ejecución de tales edificaciones.

La ampliación a otro tipo de construcciones para actividades sociales y económicas que se justifican legalmente por su específico “interés público”, pese a no responder a funciones propias del agro (equipamientos colectivos, establecimientos comerciales, turísticos, etc.) y que la propia Ley autonómica asimismo admite (art. 83.4) en suelo urbanizable “sin sectorizar”, supone tanto como la posibilidad de materializar en suelo rústico al margen del entero sistema legal regulador de la ordenación y actuación en este suelo rural del régimen de transformación urbanística para poderse llevar a cabo su urbanización. Se genera así también, por ello, el problema de que, al margen del sistema legal, pueda originarse, en caso de realización de esos tipos de construcciones e instalaciones específicamente destinadas a otros fines distintos no vinculados al aprovechamiento de terrenos de naturaleza rústica, que solo muy excepcionalmente y sólo cuando lo permita la legislación aplicable en la materia correspondiente –con los requisitos y cautelas necesarias establecidas en ella- serían admisibles.

El desarrollo del medio rural con actuaciones complementarias de las que tradicionalmente se realizan en este medio, sólo se justificaría siempre que se cumplan las exigencias propias del llamado principio de “sostenibilidad” – ecológica, social y económica-, en ciertos supuestos en que, excepcionalmente, y con las necesarias cautelas, se justificara la afectación de suelo rústico a usos distintos de los que son propios –agrícolas, ganaderos, forestal- del medio rural.

2. Otro tipo de actuaciones complementarias del aprovechamiento tradicional del suelo rústico según su naturaleza, y amparadas por el principio de desarrollo sostenible del medio rural. Los alojamientos rurales

sector, ¿qué interés, e incluso qué dificultades, van a tener unos propietarios, los que ya hayan construido edificaciones (no provisionales), para ejercer el derecho de transformación urbanística? No se olvide, además, que para salvaguardar la efectividad del principio de equidistribución (art. 8.3,c, LS/08, reformada por la Ley 8/2013, y 59 LSMur), su cumplimiento ha de hacerse *antes* de la ejecución material del planeamiento –comprendido el plan parcial o especial de desarrollo-, y por lo tanto de la urbanización. ¿Cómo saber –adivinar- que las construcciones no van a dificultar la ejecución –material y “jurídica”- de un planeamiento futuro de desarrollo, es decir, de una ordenación urbanística cuyo detalle no se conoce? (Pese a ello, la reforma de la LS estatal por la Ley 8/2013, remite a la legislación territorial y urbanística la regulación de “usos y obras de carácter *provisional* que se autoricen por no estar expresamente prohibidos” por esa legislación autonómica, en suelo rural susceptible de transformación urbanística (art. 12.2,b), conforme al nuevo art. 8.3,d; e incluso en suelo rural protegido (art. 8.2, pfo 3), con carácter *excepcional*; y actos y usos específicos que contribuyan a la ordenación y desarrollo rurales [...], ambos apartados del art. 8 conforme a la Ley estatal 8/2013 cit.).

La política de protección de los habitantes del medio rural que incluye un nivel de vida equitativo a este sector de población, ha determinado la promoción y realización de otro tipo de actividades económicas y sociales diferentes de la agraria tradicional. Entre ellas destaca la conexión del agro con la actividad turística, el llamado turismo rural, proyectado a los espacios naturales y que plantea como consecuencia la de protección ambiental de estos espacios. Espacio rural, turismo y medio ambiente –como límite éste a la urbanización del medio rural-, son factores que han de ser combinados de modo equilibrado en virtud de lo que se ha denominado un desarrollo “sostenible” del medio rural. Y en este sentido, en nuestro ordenamiento, la Ley estatal 45/2007, de 13 de diciembre, prevé entre otras actividades económicas y sociales en el medio rural, la de estímulo del turismo rural (artículo 20,2, y 22,f), al que las Comunidades Autónomas han dedicado especial atención³⁷⁹. La importancia económica y social de este tipo de actividad en el medio rural justifica que la doctrina le haya dedicado también particular atención³⁸⁰.

De los diversos tipos de alojamientos en el medio rural, el que merece especial atención es el constituido por las llamadas casas rurales, que es el más típico y característico de los ubicables, por el tipo de uso, conforme a la legislación del suelo³⁸¹ y la territorial y urbanística autonómica, así como de

³⁷⁹ Así, en materia de alojamientos rurales, en *Andalucía*, el Decreto 20/2002, de 29 de enero; en *Asturias*, el Decreto 143/2002, de 14 de noviembre; en *Aragón*, los Decretos 113/1986 y 69/1997, sobre viviendas de turismo rural; en *Canarias*, el Decreto 18/1998, de 5 de marzo (modificado por el Dec. 39/2000); en *Cantabria*, el Decreto 31/1997, de 23 de abril; en *Castilla-La Mancha*, el Decreto 93/2006, de 11 de junio; en *Castilla y León*, el Decreto 84/1995, de 11 de mayo; en *Cataluña*, los Decretos 214/1995, de 27 de junio, y 313/2006, de 26 de julio; en *Extremadura*, el Decreto 87/2007, de 8 de mayo; en *Galicia*, el Decreto 191/2004, de 29 de julio (modificado por el Dec. 142/2006); en *La Rioja*, el Decreto 26/2000, de 19 de mayo; en *Madrid*, el Decreto 117/2005, de 20 de octubre; en *Murcia*, el Decreto 76/2005, de 24 de junio; en *Navarra*, el Decreto Foral 243/1999, de 28 de junio; en el *País Vasco*, el Decreto 128/1996, de 28 de mayo (modificado por el Dec. 210/1997); y en la *Comunidad Valenciana*, el Decreto 188/2005, de 2 de diciembre.

La Ley 8/2013, de 26 de junio, ha venido a dar cobertura jurídica básica a esta legislación autonómica, desde la perspectiva de la legislación básica del suelo, incluso en situación de suelo rural protegido (art. 12.2,a LS-TR de 2008), al admitir la posibilidad en esta clase de suelo “actos y usos específicos que... contribuyan a la ordenación y desarrollo rurales”... (Vid. lo dicho en la nota 378, al final, sobre el art. 8.2, pfo 3, de la LS estatal, redactado por la Ley 8/2013).

³⁸⁰ Así, entre otros, SANZ DOMÍNGUEZ, C.: *Régimen jurídico del turismo en el espacio rural*, Edit. Junta de Andalucía (Consejería de Turismo y Deporte), 2002; y GARCÍA HENCHE, B., “Características diferenciales del producto turismo rural”, en Cuadernos de Turismo, nº 15 (2005), pág. 113 y ss. Sobre el régimen jurídico en la materia, HERNÁNDEZ MAESTRO, R. M^a: “Normativa española sobre turismo rural”, *Estudios Turísticos* nº 183 (2010), pág. 25 y ss.

³⁸¹ La actual LS estatal, cuyo TR ha sido modificado por la Ley 8/2013, en su art. 8.2 (relativo al suelo rural protegido), en su pfo 3, incluye la posibilidad –si bien excepcional- de “actos y usos específicos que [...] contribuyan a la ordenación y el desarrollo rural o que hayan de emplazarse en el medio rural”.

normativa sobre medio ambiente (a fin de justificar su necesaria integración territorial y ambiental). A diferencia de otros tipos de alojamientos rurales – hostales, hoteles-, las casas rurales suelen ser gestionadas por economías domésticas, por familias que también habitan las casas o viviendas y que realizan la explotación de esta actividad comercial, y que cuentan con ayudas y subvenciones para rehabilitarlas al efecto, que conceden las Administraciones autonómicas.

En la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el Decreto 76/2005, de 24 de junio, dedica a las casas rurales un capítulo –el III-, definiéndolas como tipo de “vivienda cedida por el usuario para alojamiento mediante precio, con o sin servicios complementarios” (art. 27); clasificándolas en “de alquiler”, cuyo uso y disfrute se cede en su titularidad, o “en régimen compartido” con el usuario que la contrató de hospedaje (art. 34); así como por su localización, en casa situada en núcleo rural o en diseminado rural, fuera de núcleos poblados; y por su ubicación, en casas aisladas o agrupadas (art. 29). La duración del uso y disfrute de las casas rurales se fija como máximo en tres meses (art. 29.2).

Esta modalidad de alojamiento rural, considerada como complementaria de las explotaciones agrarias, ha sido estimada compatible con un desarrollo socioeconómico del medio rural; no así otros tipos de alojamientos como hostales y hoteles, que, no obstante, admite la legislación urbanística autonómica³⁸².

VI. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE FINCAS Y EXPLOTACIONES RÚSTICAS

Confluyen en esta materia un complejo conjunto normativo, que incluye no solo la legislación propiamente registral, sino también la legislación estatal de suelo –e incluso la urbanística autonómica, pese a ser la materia registral competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8º CE)-, así como la legislación agraria, estatal y autonómica.

De la normativa reguladora de la inscripción en el Registro de la Propiedad se trata a continuación, distinguiendo el régimen aplicable a la inscripción de fincas rústicas, del aplicable a las explotaciones agrarias.

1. Régimen aplicable a la inscripción de fincas rústicas en el Registro de la Propiedad

³⁸² Así, en la Región de Murcia, su Ley del Suelo, Texto Refundido de 2005 (artículo 83,4,c, que aun cuando excepcionalmente, admite la posibilidad de “establecimientos turísticos” en suelo urbanizable sin sectorizar, como “actuaciones específicas de interés público”), que la doctrina cit *supra* –nota 378- ha criticado por ello.

Siendo como es, por naturaleza, el suelo, “las tierras”, un bien inmueble (art. 334.1º CC), la inscripción en el Registro de la Propiedad de una finca se hace distinguiéndose, legalmente, según que la naturaleza de ésta sea rústica o urbana. Así lo hace en la legislación registral, el Reglamento Hipotecario, en su artículo 51; y en la legislación de suelo, en términos generales, y con referencia a una porción de suelo que pertenece en exclusiva a un propietario, o a varios en proindiviso, se define el concepto de “finca” y especialmente el de “finca registral”, cuando pueda abrir folio en dicho Registro, conforme a la legislación hipotecaria³⁸³; que la diferencia de “parcela”, porción o “unidad” de suelo susceptible de aprovechamiento urbanístico independiente³⁸⁴. Por lo que el concepto legal de finca y en concreto el de finca registral tiene un carácter y alcance genérico, que incluye así pues tanto a las fincas rústicas como a las urbanas, estén o no edificadas, mientras que el concepto de “parcela” es legalmente un concepto urbanístico, referido por ello al de finca urbana, pero en cuanto susceptible de un uso o aprovechamiento urbanístico.

Como es lógico, en este lugar nos referimos a las fincas rústicas, es decir, situadas en el espacio o suelo rural, aunque la dinámica propia que, en esta situación o estado, tiene este tipo de suelo, que -sin perjuicio del suelo rústico jurídicamente protegido -y como tal, preservado y excluido de urbanización-, en el supuesto de que, según la legislación urbanística autonómica, ostente la condición de suelo urbanizable, o susceptible de transformación urbanística, en tanto no se lleve a cabo, jurídica y materialmente, ésta mediante su urbanización, la naturaleza de finca rústica de un terreno se halla sujeta a su posible cambio futuro, para poder devenir a su término en finca urbana. Dinámica urbanística y administrativa que tiene también reflejo en la legislación registral: así, el artículo 51, regla 1ª, pfo 2, del Reglamento Hipotecario determina que si se aporta cédula, certificación o licencia administrativa que lo acredite, se hará constar *además*, en el Registro de la Propiedad, la calificación urbanística de la finca.

A) Normativa contenida en la legislación agraria

La citada Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, Texto Refundido de 1973, en su artículo 235, se refiere a las fincas resultantes de la *concentración parcelaria*,

³⁸³ El artículo 17.1, a) de la LS estatal-TR de 2008, establece que “constituye finca la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que pueda situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral”.

³⁸⁴ La citada LS-TR de 2008, en el mismo artículo 17.1, apartado b) dice literalmente que “constituye *parcela*: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanísticos independiente”.

estableciendo que todas las fincas de reemplazo deben ser inscritas incluso de oficio –por la Administración autonómica, que ha sustituido al entonces existente IRYDA-, antes de entregar los correspondientes títulos a los propietarios. No solo se establece esta inexcusable inscripción registral inicial, sino también que los posteriores actos y contratos de trascendencia real que tengan por objeto fincas de reemplazo o derechos reales constituidos sobre las mismas, han de inscribirse también de modo inexcusable, en el Registro de la Propiedad.

De otra parte, respecto a la conservación de la integridad de las fincas concentradas, la propia Ley agraria contenía normas que trataban de impedir su fraccionamiento por debajo de la unidad mínima de cultivo fijada para cada zona objeto de concentración; régimen sustituido en el ordenamiento actual por el contenido en la Ley 19/1995, de 4 de julio, a que antes se ha hecho especial referencia (arts. 23 a 25), en cuanto a la indivisibilidad de la finca rústica por debajo de la UMC y la sanción de nulidad de los actos o negocios jurídicos que la infrinjan. Y especialmente, respecto a la inscripción registral de fincas rústicas, la exigencia de expresar en ella, conforme establece el artículo 26, además de su extensión superficial, si la finca es de secano o de regadío, y que solo puede ser objeto de división o segregación respetando la unidad mínima de cultivo; así como que la inexactitud de los datos no puede favorecer a la parte que haya ocasionado la falsedad, ni enervar los derechos establecidos por el régimen legal de unidades mínimas de cultivo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Normativa ésta que, respecto a la división o segregación de fincas rústicas respeta la LS-TR de 2008, cuyo artículo 17.2 se limita a remitir a la legislación aplicable.

B) Normativa contenida en la legislación estatal del suelo

En la normativa estatal de suelo vigente, la LS-TR de 2008 contiene en su artículo 17.2 la prohibición de dividir o segregar una finca, como se ha indicado antes, en contra de las normas sobre parcela mínima, establecidas por la legislación aplicable –que incluye tanto la legislación agraria (unidades mínimas de cultivo) como la territorial y urbanística-, lo que impide que las fincas resultantes de una división o segregación no alcancen la superficie mínima y demás condiciones establecidas en la legislación correspondiente. Prohibición que de modo complementario alcanza a los notarios y registradores de la propiedad, a quienes la propia Ley prohíbe, por ello, autorizar e inscribir, respectivamente, cualquier escritura y su inscripción en el Registro sin que conste acreditado el cumplimiento de dicha normativa legal. Prohibición legal que también establecía, en la misma línea, la legislación estatal precedente³⁸⁵.

³⁸⁵ Art. 258.3 LS-TR de 1992, declarado vigente por la Disp. Derogatoria Única de la Ley 6/1998, de 13 de abril.

El desarrollo reglamentario de esta legislación estatal, contenido en el RD 1093/1997, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística, establece una regulación en sus artículos 79 y 80, que justamente ha criticado la doctrina por apartarse del régimen legal, estableciendo un sistema permisivo de inscripción de actos de división y segregación de fincas en suelo no urbanizable, pese a la protección jurídica del suelo rústico tanto por la legislación agraria (arts. 17 y 24 de la Ley 19/1995) como por la urbanística; y cuya regulación reglamentaria ha sido por ello calificada de “abiertamente anómala”³⁸⁶. Críticas que consideramos bien fundadas, porque no solo dichas normas reglamentarias plantean cuestiones de legalidad por establecer una regulación secundaria, sin cobertura legal, sino porque además permite la posibilidad de inscripción registral en el caso de que el registrador tuviere “duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población” y que, pese a no haberse aportado licencia, haya de iniciar un procedimiento de interlocución con el Ayuntamiento, en los términos que el artículo 79 RD 1093/1997, o con la Administración agraria competente –la autonómica hoy- en caso de división o segregación de fincas que son inferiores a la unidad mínima de cultivo (art. 80); atribuyendo incluso al registrador, en caso de inactividad de la Administración –por el transcurso de un plazo administrativo, de 4 meses, y por aplicación del criterio del silencio-, la obligada actuación del propio registrador (“practicará la inscripción de las operaciones solicitadas”, establece el art. 79.4; “practicará los asientos solicitados”, dice el 80).

Regulación ésta que, también a nuestro juicio, frontalmente choca con la legislación del suelo antes citada (art. 17.2), así como con la legislación agraria (arts. 23 y 24 de la Ley 19/1995), con la normativa del CC (art. 6.3) e incluso con la Ley Hipotecaria, cuyo artículo 18 establece la facultad-deber del registrador de suspender o denegar la inscripción por falta de los requisitos esenciales establecidos por normas de rango legal superior; y por ende, del principio constitucional de jerarquía normativa (art. 9.3 CE).

2. Régimen aplicable a la inscripción registral de explotaciones agrarias

Las explotaciones agrícolas, con o sin casa de labor, que formen una unidad orgánica, aunque no sean colindantes, también pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad, como finca registral, es decir, bajo el mismo número de éste, que abre folio en el Registro, conforme determina la Ley Hipotecaria, en su artículo 8,2º. Precepto éste que desarrolla el artículo 44 de su Reglamento, “si los interesados lo solicitaren –dice éste-, considerándose como una sola finca

³⁸⁶ Así, CORRAL GIJÓN, *La protección registral ...*, pág. 195 y ss, y autores que cita (DÍEZ FRAILE, GARCÍA GARCÍA, GARCÍA MÁZ, CORRAL DUEÑAS), igualmente críticos con esta regulación reglamentaria. Vid. asimismo, ARNAIZ EGUREN, R., en *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Edit. Marcial Pons, 2001, pág. 576 y ss.

con arreglo al artículo 8 de la Ley y para los efectos que el mismo expresa, siempre que pertenezca a un solo dueño o a varios en proindiviso”³⁸⁷.

El concepto de explotación agrícola incluye así no solo una porción delimitada de suelo –rústico- sino también un criterio unitario, como complejo orgánico destinado al aprovechamiento o “explotación” de una finca, incluidas las construcciones, instalaciones y demás elementos “que formen una unidad orgánica”, incluso en caso de que los predios no sean colindantes. El criterio orgánico y funcional (de la “explotación”) es el que determina y justifica así el supuesto legal de inscripción en el Registro como “finca registral” de una explotación agrícola en los términos previstos por la legislación hipotecaria. La Ley estatal de Suelo–TR de 2008 asume implícitamente el supuesto al remitir, en su artículo 17.1,a, a la legislación hipotecaria, al definir que tiene la consideración de finca registral la que, conforme a esta legislación, “pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad”.

En este supuesto, en cuanto vinculada a la actividad productiva de la explotación agraria, el caso de vivienda familiar previsto en la ordenación urbanística en suelo rústico (no urbanizable o urbanizable en tanto éste no sea legal y materialmente urbanizado) y, por ende, la construcción de este tipo de vivienda conforme a la legislación territorial y urbanística –a que antes se ha aludido-, en cuanto ligada al servicio de la explotación, podrá ser inscrita, si los interesados lo solicitaren, como una sola finca registral, conforme al artículo 8,2º de la Ley Hipotecaria y el 44 de su Reglamento de desarrollo. En el supuesto de *casas rurales* en régimen compartido y situadas en diseminado, en las cuales se realice también la función de alojamiento rural de tipo turístico, éste ha de ser secundario de la explotación agrícola para que, a nuestro juicio, ésta pueda inscribirse como finca registral conforme a la legislación hipotecaria citada; sin perjuicio de que, en otros supuestos, pudiera solicitarse e inscribirse en el Registro al amparo de la propia legislación, no como explotación agraria, sino “industrial” (asimismo englobada en el artículo 8,2º, de la Ley Hipotecaria y 44.4º de su Reglamento).

³⁸⁷ Concretamente en su apartado 2º, el artículo 44 del Reglamento Hipotecario incluye el supuesto de “los cortijos, haciendas, labores, masías, dehesas, cercados, torres, 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 arbolado o sin él, aunque no linden 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 o construcciones”. Y su apartado 3º, se refiere a “las explotaciones agrícolas, aunque no tengan casa de labor y estén constituidas por predios no colindantes, siempre que formen una unidad orgánica, con nombre propio, que sirva para diferenciarlas y una organización económica que no sea la puramente individual, así como las explotaciones familiares agrarias”. En el apartado 5º, el mismo artículo reglamentario recoge, análogamente, a “todo edificio o albergue situado fuera de poblado con todas sus dependencias y anejos, como corrales, tinados o cobertizos, paneras, palomares, etc.”

CAPÍTULO NOVENO

PROPIEDAD AGRARIA Y FUNCIÓN SOCIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BASES CONSTITUCIONALES CONDICIONANTES DE LA FUNCIONALIDAD SOCIAL DE LA PROPIEDAD AGRARIA. III. INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD AGRARIA. 1. Deberes funcionales relativos a la explotación de fincas rústicas. 2. Medidas expropiatorias en caso de incumplimiento de la función social de la propiedad agraria. IV. LA FUNCIÓN SOCIAL EN EL ESTATUTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD AGRARIA. 1. El deber de explotación racional y eficiente de fincas rústicas con destino agrario. A) Conservación y mejora del suelo agrario. B) Transformación en regadío de tierras para su aprovechamiento y explotación agraria. 2. Medidas expropiatorias aplicables en caso de incumplimiento de la función social de la propiedad agraria en el régimen legal de las fincas manifiestamente mejorables. Especial referencia al arrendamiento forzoso de fincas rústicas. A) Supuestos de fincas manifiestamente mejorables. B) Calificación administrativa de finca manifiestamente favorable. C) Efectos de la calificación de la finca rústica como manifiestamente mejorable. V. RECAPITULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El destino y aprovechamiento de la tierra que, como título jurídico, supone la propiedad rústica específicamente en materia de agricultura, comporta un régimen jurídico –estatutario- radicalmente diferente, como propio del suelo rural, por la existencia en éste de una serie de valores –ecológicos, paisajísticos- y usos y actividades tradicionales *ratione materiae*, que básicamente reconoce su regulación propia. La menor rentabilidad que, con criterios económicos, tiene la propiedad agraria, en comparación con la propiedad urbana y su tipo de aprovechamiento característico, ha hecho de aquella el “pariente pobre”, cuya situación normalmente precaria necesita de ayudas antes que de la imposición legal de obligaciones y cargas. El dinamismo característico de nuestro tiempo ha operado en el tejido rural una serie de transformaciones socio-económicas, técnicas, etc, determinantes de la reforma de estructuras y explotaciones agrarias, a las que lógicamente ha de adecuarse el Derecho, no solo mediante una interpretación evolutiva de las normas de nuestro CC sino asimismo para dar respuesta a las nuevas funciones que de la propiedad y la empresa agraria demanda la nueva situación.

A ello se ha aludido en el capítulo precedente, donde también se ha hecho referencia al complejo régimen estatutario de la propiedad agraria. El constituyente ha tenido consciencia de la situación del sector primario de nuestra sociedad y economía, constituido por la agricultura y la ganadería – además de por la pesca y la artesanía- cuando demanda de los “poderes

públicos” una particular atención respecto a la “modernización y desarrollo” de estos sectores, “a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles” (artículo 130.1 CE). También a nivel comunitario europeo, la “política agraria común” (PAC) tiene entre sus objetivos, además de fines económicos, otros sociales, que se refieren a la población rural (“garantizar un nivel de vida justo a la comunidad rural y contribuir a la estabilidad de la renta agraria”, así como a la “creación de empleo alternativo y nuevas fuentes de ingresos para los agricultores y sus familias”) y a los consumidores (para garantizar la “seguridad y calidad de los alimentos”)³⁸⁸. Parece indudable que estos objetivos de desarrollo rural y de especial atención a la población de este sector – propietarios y trabajadores agrícolas-, en orden a equiparar su nivel de vida al de los demás ciudadanos –lo que lógica e implícitamente supone constatar su situación de inferioridad-, ha de modular la funcionalidad de la propiedad (y de la empresa) agraria.

Y ni que decir tiene que el resto del ordenamiento jurídico habrá de responder a estos objetivos fundamentales de la política agraria, condicionantes del régimen estatutario aplicable a este sector socioeconómico, en sus distintas perspectivas, civil, mercantil y laboral³⁸⁹. Por lo que nos toca, en este lugar ha de hacerse especial consideración de la función social a que, de modo general, se refiere nuestro ordenamiento, respecto a la propiedad privada, pero referida ahora a las fincas y explotaciones rústicas-agrarias.

II. BASES CONSTITUCIONALES CONDICIONANTES DE LA FUNCIONALIDAD SOCIAL DE LA PROPIEDAD AGRARIA

La función social que, de modo general, predica el texto constitucional (artículo 33.2), respecto a la delimitación legal del contenido del derecho de propiedad privada, supone la existencia de dos tipos de intereses: los propios y privativos del titular de este tipo de derecho patrimonial sobre el bien –

³⁸⁸ La denominada *Agenda 2000* fija una serie de objetivos a la acción pública, comunitaria y de los Estados miembros, en línea de continuidad con el Tratado de la CEE (art. 33) y en la actual versión consolidada de 2007, subsiguiente al Tratado de Lisboa (art. 39), que define a la nueva PAC, que marca el tránsito desde una visión agrarista a una visión integrada de desarrollo rural. ALONSO GARCÍA, R.: “Naturaleza y evolución de la integración europea”, en *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, 2010, Edit. Cívitas-Thomson.

³⁸⁹ Civil, respecto a la propiedad rústica y agraria, así como en lo que se refiere a los contratos agrarios que, cuando no haya de cultivar el propietario de la finca, puede llevar inherente la posibilidad de acceso del cultivador a la propiedad, bien como tal o bien asociándole en la medida o participación que se estime procedente a la titularidad dominical y/o de la empresa, o bien en su uso y aprovechamiento (SANZ JARQUE, J.J.: *Derecho Agrario*, Fundación Juan March, 1975, pág. 115 y s). En el aspecto jurídico-mercantil, será objeto de consideración la empresa agraria (tipo de sociedad, cooperativa, etc.). Y en el aspecto laboral, el régimen aplicable a los trabajadores empleados del empresario individual o social.

inmueble, en nuestro caso- que constituye su objeto y que le faculta a su titular para realizar su aprovechamiento, que el Derecho tutela; tipo de interés, particular o “privado” éste, distinto del interés general básicamente definitorio de la llamada función social, cuya “delimitación” jurídica corresponde hacer al legislador –según la flexible fórmula de reserva legal relativa, “de acuerdo con las leyes”, que emplea el referido precepto constitucional– y que implica la propia operación –jurídica- de fijación de los “límites” definitorios de hasta dónde llega y alcanza el contenido del derecho de propiedad privada y, por otro, el de los intereses generales propios de la función social y que condicionan legalmente el ejercicio de este derecho dominical³⁹⁰.

A la función social de propiedad agraria, además de los referidos preceptos constitucionales (33.2 y 130.1), se refiere también, desde la perspectiva propia del tipo de interés que la fundamenta sustancialmente, esto es el interés de la comunidad, la preferencia que de modo más general a este tipo de interés otorga el texto constitucional, en su artículo 128.1, al establecer que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad” -por lo tanto también a las de titularidad privada y no solo a las públicas- “está subordinada al interés general”. Aunque el alcance de esta subordinación al interés general haya de entenderse en el contexto de la propia CE y por lo mismo compatibilizarse, con otros preceptos constitucionales que afectan a la composición de intereses, y especialmente con el del artículo 33, entre el interés propio particular del titular del derecho de propiedad privada y el interés general propio que implica la función social y del que, eventualmente, requiera la expropiación forzosa de un determinado bien o derecho patrimonial³⁹¹; así como con la exigencia, también constitucional, de “utilización

³⁹⁰ *Ut supra*, Capítulo Tercero, donde se considera el fundamento y alcance de la función social de la propiedad privada, que opera jurídicamente de manera diversa según las clases de bienes, según sean éstos de consumo o uso necesario y, por ello, generalizado, o respecto de los bienes de producción, como fuentes de riqueza, y entre éstos la tierra o suelo, especialmente afectados por la función social, dirigida a un interés colectivo, en beneficio de la utilidad o interés general de la comunidad. Función social que se *diversifica* en razón de la distinta utilidad y aprovechamiento de ese recurso natural, diferente por ello según se trate de un suelo rústico o de un terreno urbano; de donde la diversidad de regímenes jurídicos –estatutarios-, y de funciones sociales y, en particular, por ende, de la propiedad agraria que aquí se considera. Ni que decir que la función social de este tipo de propiedad inmueble tiene también como límite de su *regulación* legal del “ejercicio” de este derecho el “contenido esencial” del propio derecho de propiedad, incluido en el ámbito material protegido y garantizado por el artículo 53.1 de la CE.

³⁹¹ La norma del artículo 128.1 CE subraya de modo general la subordinación de la propiedad privada al interés general vinculado a la función social del bien o derecho patrimonial de que se trate (cfr. entre otras muchas, las sentencias del TC 37/1987, 222/1992, 89/1994 y 61/1997), así como de la propiedad de los factores de la producción, cuya organización autónoma protege el artículo 38 CE, sobre la libertad de empresa (cfr. sentencias TC 37/1981, 118/1986). *Vid.* de varios autores: *Comentarios a la Constitución Española* (dir. Casas Bahamonde y Rodríguez-Piñero), Edit. La Ley, 2008, pág. 1976.

racional de todos los recursos naturales” (artículo 45.2 CE), desde la perspectiva medio-ambiental, “recursos naturales” entre los cuales se halla obviamente la tierra; perspectiva ésta, ecológica, que también implica, como la función social de la propiedad privada, un interés general, en cuanto se atribuye a “todos”, sean o no propietarios, “el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado...” (art. 45.1 CE)³⁹².

En la legislación ordinaria, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, Texto Refundido de 1973, se refiere a la “función social de la propiedad de fincas rústicas”, como fundamento básico para imponer determinados deberes a los propietarios de este tipo de fincas, en el marco de lo que establece en su artículo 1, según el cual “el suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional”. Entre los deberes que a la propiedad rústica, a sus titulares, impone la Ley y que relaciona en su artículo 2, se fijan: el de “explotación de la tierra con criterios técnicos-económicos apropiados según su destino agrario más idóneo” [...], el deber de realizar “las transformaciones y mejoras necesarias” para realizar su explotación adecuada; e incluso, desde la perspectiva laboral, el deber de que la prestación del trabajo se realice “en condiciones adecuadas y dignas” y de que se realicen “las inversiones necesarias de carácter social [...], para la promoción de los trabajadores”. Deberes a los que la misma Ley se refiere después, en su articulado, regulándolos de forma detallada y a los cuales se alude más adelante.

El TC, en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo, se ha referido –FJ nº 2- al precepto del artículo 2 LRDA, pese a ser esta una Ley pre-constitucional, diciendo que:

“Este precepto legal, que es coherente en este punto con la evolución del pensamiento jurídico y del ordenamiento español, y también del de otros países de nuestro entorno cultural, puede ayudarnos, aunque sea de modo aproximativo o no acabado, para saber cuál es, al menos, el contenido esencial, delimitado por su función social, de la propiedad agraria. En otras palabras, si esto era así en el ordenamiento preconstitucional, con mayor motivo puede afirmarse a partir de la vigencia de la Constitución que contiene los preceptos antes glosados, por lo que no hay razón para entender que infrinja dicho contenido esencial, ahora constitucionalmente garantizado, aquella regulación legal que,

³⁹² Mientras la función social de la propiedad privada –dice E. PÉREZ- se refiere al derecho subjetivo y a su titular, la función ecológica se proyecta directamente sobre el objeto del derecho subjetivo [...]; con la función ecológica de la propiedad inmobiliaria se persigue la protección de la persona, pero no individualmente considerada, sino en abstracto, como integrante del género humano (*La propiedad inmobiliaria, sus formas e inscripción registral*, 2ª edición, Edit. Bosch, 2004, pág. 107 y s).

restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos, imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria. Y por la misma razón no puede compartirse la tesis de que una regulación de la propiedad rústica que, atendiendo a estos principios, no haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales inherentes al dominio delimitado por su función social sea en sí misma contraria al derecho reconocido en el art. 33 de la Constitución, pues tal intervención normativa no entraña una desnaturalización de aquel derecho constitucional que lo haga irreconocible como perteneciente al tipo descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica”.

Según esto la libre voluntad del propietario para decidir respecto al aprovechamiento de una finca rústica puede venir legalmente limitada, en razón de la función social de la propiedad, mediante *restricciones* y la imposición de *deberes positivos* referentes a la explotación y mejora “orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los *intereses generales*, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria”. Más adelante, la propia sentencia constitucional 37/1987 –FJ 5º- respecto al derecho de libre empresa (artículo 38 CE), dice que:

“por lo que se refiere a la actividad empresarial agrícola, su ejercicio ha de quedar condicionado por las restricciones que a la libertad de explotación –o no explotación- de la tierra y por los deberes positivos que en relación con la misma se impongan por la Administración, de acuerdo con las leyes, en virtud de la función social de la propiedad rústica. En efecto, puesto que tales restricciones y deberes tienen como finalidad obtener un adecuado aprovechamiento de la tierra, no tendría sentido – antes bien, sería contradictorio- que, pudiendo recaer sobre el propietario, no fueran lícitas respecto del empresario, coincida o no con aquél. En otros términos, las limitaciones a la actividad empresarial agrícola son, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, indisociables de las limitaciones a las facultades de uso y disfrute de la propiedad rústica, determinadas por la función social de esta última”.

Esto es, que las restricciones y deberes que, en virtud de la función social de la propiedad rústica, condicionan legalmente el aprovechamiento

“adecuado” de la tierra que ha de realizar el propietario, recaen asimismo sobre el empresario, tenga o no éste la condición de propietario. No tendría sentido, en efecto, que las limitaciones a las facultades de uso y disfrute de la propiedad rústica en virtud de la función social de ésta (artículo 33.2 CE) no fuesen aplicables a la actividad agrícola que se realice en la perspectiva empresarial (artículo 38 CE); por lo que, como dice el supremo intérprete de la Constitución, “las limitaciones a la actividad empresarial agrícola [...] son indisociables de las limitaciones” a las referidas facultades de la propiedad rústica determinadas por la función social de ésta.

Ahora bien, la funcionalidad de la propiedad rústica en la perspectiva de los intereses generales y, por ende, de las restricciones y deberes legales determinados por *la función social*, tienen a su vez el *límite* del “contenido esencial” del derecho de propiedad privada, que constituye *la utilidad económica del titular dominical de la finca rústica* o de la explotación agraria. A este respecto, la propia sentencia constitucional –FJ nº 2- dice que:

“en cualquier caso, que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y que, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable”.

Juicio de razonabilidad que, en definitiva, corresponderá a los tribunales de justicia y, en su caso, al propio TC. En todo caso, el alcance de la función social y las restricciones y deberes que ésta pueda comportar para la propiedad rústica ha de tomar como criterio referencial el tipo de utilidad o aprovechamiento propio de –por decirlo en términos que utiliza dicha sentencia- “tierras agrícolas y forestales”, cuya rentabilidad real o potencial es comparativamente inferior a la propiedad inmobiliaria urbana, por lo que el régimen estatutario de la propiedad rústica ha de *modular de modo menos intenso* y atendiendo a la situación del suelo rústico, las restricciones que imponga a su aprovechamiento agrario y los deberes que a los titulares dominicales legalmente se impongan.

La menor intensidad de la función social recayente sobre la propiedad rústica o agraria ha de adecuarse, en definitiva, a su naturaleza y situación real

y económica, de modo que las restricciones y deberes de explotación, mejora, etc., han de estar en consonancia con su utilidad y rentabilidad económica y social. El beneficio que la actividad agraria produce a la comunidad y que sirve a ésta, abasteciéndola de productos alimenticios, constituye en sí misma una básica y esencial –vital- función social; por lo que los deberes jurídicos de los propietarios y empresas agrarias han de orientarse a que, en consonancia con el destino agrario de las fincas y explotaciones de esta naturaleza, contribuyan a realizar una mejor producción de alimentos de calidad, sin perjuicio de la rentabilidad del agricultor o ganadero.

El beneficio que para la comunidad social inexcusablemente comporta el aprovechamiento de fincas rústicas y que supone, digamos, de suyo, la función social de la propiedad agraria, junto al hecho de ser la agricultura un sector deprimido –económica y socialmente-, determina y justifica, en fin, la especial atención que a los poderes públicos requiere la Constitución española (artículo 130.1) en orden a la “modernización y desarrollo” con específica referencia al sector de la agricultura y a la ganadería, así como de promover un nivel de vida de la población rural al punto de que sea equiparable al de todos los españoles. Se legitima así constitucionalmente una acción de los poderes públicos –incluidos el legislativo y el ejecutivo- orientada a promover y garantizar el desarrollo económico y social de este sector, que ha plasmado no solo en una serie de medidas de *estímulo* y fomento –dentro de la política agrícola común de la Unión Europea-, sino también colaborando técnica y económicamente con el sector agrario al efecto; así como, eventualmente, aplicando medidas expropiatorias en caso de incumplimiento de determinados deberes de explotación adecuada por los afectados, como más adelante se verá al examinar la legislación aplicable al respecto.

El constituyente también ha sido consciente, en definitiva, de la deprimida situación económica y social del sector cuando, respecto a la función social y la vinculación a ella de las plusvalías o beneficios, las que eventualmente se produzcan hayan de canalizarse –implícitamente- hacia dichos objetivos constitucionales. A diferencia de lo que sucede, respecto a la propiedad inmueble urbana, en que las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos legitima la participación en ellas de la comunidad (artículo 47 CE) y que, como se ha visto *supra*, la legislación del suelo y urbanística canaliza mediante la imposición de deberes *ad hoc* (cesiones obligatorias y gratuitas de suelo, costes de urbanización, etc.), cuyo alcance e intensidad serían impensables en la función social que ha de cumplir la propiedad agraria.

III. INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD AGRARIA

La función social de la propiedad agraria supone, o mejor presupone, así pues, unos fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual o

particular de su titular, los bienes objeto de dicho derecho dominical, esto es las fincas rústicas y las explotaciones agrarias, están llamados a satisfacer. Los instrumentos jurídicos regulados por la legislación estatal y autonómica en la materia, en cuanto ordenados al cumplimiento de intereses generales de la comunidad, habrán de ser aplicados atendiendo a la situación de los bienes y a las condiciones de su aprovechamiento rústico. Ni que decir tiene que su aplicación según estas circunstancias, ha de ser adecuada a la naturaleza de éstas y conforme a la configuración jurídica definida por la norma de cobertura. Más adelante se hace referencia a la regulación estatutaria de la propiedad agraria, donde se contiene asimismo la regulación de la función social de este tipo de propiedad inmobiliaria, dado que no hay una regulación unitaria de la función social de la propiedad privada, general y uniforme, sino diversas funciones sociales, específicas de cada tipo de propiedad. Y la que ha de cumplir la propiedad agraria es diferente, en razón del tipo de intereses generales que ha de atender, de las que cumple la llamada propiedad urbana, cuyo tipo de aprovechamiento y estatuto jurídico urbanístico son por ello distintos.

La instrumentación jurídica de la función social que ha de cumplir la propiedad agraria se canaliza a través de una serie de técnicas, que comprenden desde las clásicas “limitaciones” reguladas por normas jurídico-civiles hasta las contenidas en normas jurídico-públicas y que constituyen los deberes positivos –de hacer o de dar- y cargas, condicionantes del ejercicio por el titular del dominio de las facultades propias de este tipo de derecho patrimonial.

Pese a la concepción ideológica liberal a que responde nuestro Código Civil (1889), en su normativa se incluyen preceptos a la que no es ajena una atención social que se ha identificado con el acceso y participación en el disfrute de los bienes económicos y que resulta elocuente en la agricultura³⁹³. Así, las normas que regulan los censos prevén asimismo la facultad del censuario para redimirlo a su voluntad (art. 1608, pfo 2 CC), devolviendo al censalista bien el capital en que se hubiese valorado la finca tratándose del censo enfiteúutico y reservativo (arts. 1651 y 1662), o bien el capital que hubiera entregado para constituir el censo consignativo (art. 1658)³⁹⁴; y sobre todo las normas de retracto

³⁹³ BARNÉS VÁZQUEZ, J.: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Edit. Cívitas, 1988 (pág. 560).

³⁹⁴ Sobre la perpetuidad y redención de censos, *vid.* DE PABLO CONTRERAS (Coord.) *et alii*: *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, Edit. Colex, 2008, pág. 492 y s. La sentencia del TS de 21 de noviembre de 2002 considera que el artículo 1608 CC “establece que es de la naturaleza del censo que la cesión del capital o de la cosa inmueble sea perpetua o por tiempo indefinido. El carácter de perpetuidad convertiría al censo y a la enfiteusis en eternos si no se estableciera a continuación, en el mismo precepto, también como esencial, el de la redimibilidad”.

Asimismo, ROCA GUILLAMÓN, J., respecto a los llamados “terrajos” existentes en la Región de Murcia: *Los terrajes del Altiplano de Murcia: pasado, presente y futuro*, Fundación Centro de Estudios Históricos e Investigaciones Locales de la Región de Murcia, 2011; donde se estudian

arrendaticio, que permite acceder a la propiedad de la finca al arrendatario-persona física que sea profesional de la agricultura, conforme a la legislación de arrendamientos rústicos³⁹⁵. Es indudable la finalidad y función social inspiradora de estas normas de nuestro ordenamiento jurídico-civil.

Con todo, la imposición legal de *deberes funcionales* –también denominados por el TC (s. 37/1987) “deberes positivos”-, que condicionan el ejercicio dominical a la realización de determinadas obligaciones y prestaciones de hacer, por normas jurídico-públicas, en cumplimiento de la función social de la propiedad agraria, es la técnica de más frecuente uso por la legislación aplicable en esta materia. En otros casos, la función social se fija concretamente mediante singulares intervenciones públicas –de la Administración agraria (autonómica)-, también limitativas del ejercicio dominical (para la conservación del suelo en determinadas condiciones, para la lucha contra plagas, etc.). Excepcionalmente, en fin, el incumplimiento de ciertos deberes se sanciona mediante la aplicación de ciertas medidas expropiatorias, como el arrendamiento forzoso de uso de una finca rústica.

1. Deberes funcionales relativos a la explotación de fincas rústicas

Especial interés tiene la imposición legal de determinados deberes (públicos) que requieren del titular dominical de fincas rústicas la obligación de realizar de manera adecuada su aprovechamiento agrario. La función social determina así que la facultad dominical de uso y disfrute de la finca venga modulada, en el estatuto de la propiedad agraria, por la posibilidad de imponer al propietario del deber de realizar un comportamiento positivo –de hacer-, conforme a la situación y destino de la propia finca. Deber jurídico que, en cuanto regulado e impuesto conforme a normas de Derecho público, constituye pues un deber público. La facultad de uso y disfrute de una finca o terreno rústico que el titular dominical tiene para realizar, por sí o por otra persona (arrendatario, usufructuario, censatario), el cultivo de la misma, el clásico *ius colendi*, va acompañada así de una obligación legal que le puede exigir el poder

los tipos de terraje (censal, *rabassa morta*), y las posibles situaciones de los terrajes a partir de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, proponiendo su reforma para abordar el acceso a la propiedad de los titulares de estos derechos de uso del suelo rústico, mediante un sistema de adquisición forzosa análogo al de los arrendamientos rústicos, para los de origen inmemorial o duración superior a 50 años (art. 1656 CC), y respecto a los de duración inferior, su conversión en arrendamiento; e imponiendo la obligación de cultivo personal al dueño del suelo.

³⁹⁵ La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, suprimió los derechos de acceso a la propiedad, que reconocía la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 al arrendatario, pero la reforma de aquélla de 2005, volvió a introducirlos (cfr. el art. 22.2, en conexión con el art. 9.1). *Vid.* DE PABLO CONTRERAS, *ob. cit.* en la nota anterior, pág. 629 y ss.

público –la Administración agraria- conforme a la legalidad, en los supuestos previstos por ella.

En este sentido, la LRDA establece el deber de realizar, en las fincas agrarias, su aprovechamiento o explotación con criterios técnico-económicos adecuados según su destino agrario, así como para realizar las transformaciones y mejoras necesarias conforme al nivel técnico existente y siempre que las inversiones necesarias sean rentables económica y socialmente, todo ello “en cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas” (artículo 2). De este modo y en virtud de este principio de función social, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario viene a *modular* la facultad contenida en el derecho de propiedad agraria, para realizar en su terreno o finca las plantaciones o siembras “que le convengan”, como dice el Código Civil en su artículo 350, pero con la limitación legal, en este supuesto, del deber jurídico de realizar su aprovechamiento agrícola de modo que haga posible su mejor y más adecuada explotación, teniendo en cuenta no solo la rentabilidad para el particular sino también el interés general que constituye el beneficio y utilidad social. Y el incumplimiento de la función social, en alguno de los supuestos que la Ley prevé y regula, determina v. gr. que una finca rústica pueda ser calificada, en determinados supuestos, como “manifiestamente mejorable”, conforme a lo que la propia Ley establece, como más adelante se señala.

2. Medidas expropiatorias en caso de incumplimiento de la función social de la propiedad agraria

La legislación expropiatoria *estatal* prevé, en general (arts. 71 a 75 de la Ley de Expropiación Forzosa), la expropiación en casos de incumplimiento de la función social de la propiedad, cuando un bien o clase de bienes hayan de utilizarse en el sentido *positivo* de una determinada función social para el propietario que incumpla este deber funcional. La normativa legal en materia de propiedad agraria prevé en determinados supuestos la posibilidad de que la Administración aplique esta potestad expropiatoria. Así, la Ley 34/1979, sobre fincas manifiestamente mejorables, determina que la calificación de una finca como “manifiestamente mejorable” implica el reconocimiento del interés social de la necesidad de mejora de la finca a efectos de expropiación de ésta y la necesidad de su ocupación, pero la expropiación tiene normalmente por objeto no el dominio de la finca sino “el derecho de uso y disfrute”, es decir, su aprovechamiento, mediante su “arrendamiento forzoso” a la Administración (entonces estatal, a través del IRYDA), que venía obligada a subarrendar la finca mediante licitación, fijando al subarrendatario como renta la usual en la comarca, revisable conforme a la Ley de Arrendamientos Rústicos.

La legislación agraria *autonómica* también prevé y regula la expropiación de dominio o sólo del uso de fincas agrarias. Así, en *Andalucía* la Ley 8/1984, de 3 de julio, prevé este tipo de expropiación–sanción que puede tener por objeto

el dominio de la finca o bien del derecho de uso o disfrute, mediante arrendamiento forzoso, en términos similares a la citada legislación estatal. La sentencia constitucional 37/1987 se refiere a la figura del “arrendamiento forzoso” y considera (FJ nº 4) que:

“la privación de las facultades de uso y disfrute no supone por sí misma una ablación plena de la propiedad, lo demuestra simplemente el hecho de que tales facultades son *domino volente* perfectamente separables de la titularidad del propietario y enajenables a un tercero, sin que por ello pierda aquél su señorío sobre el bien. Por lo demás, este tipo de expropiación no plena está reconocido y regulado en nuestro ordenamiento por la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954, aparte de por otras Leyes especiales, sin que la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia dejen de reconocer y calificar como derecho de propiedad la relación que sigue mediando entre el titular y el objeto, una vez que haya sido privado singularmente aquél de las facultades jurídicas de uso y disfrute”³⁹⁶.

³⁹⁶ A continuación la propia sentencia dice que: “Por otra parte, este Tribunal no puede compartir la afirmación de que la expropiación del uso regulada en la Ley de Reforma Agraria viene a despojar al propietario de la totalidad de su derecho, en el sentido material de pérdida de toda utilidad económica. El tenor literal del art. 20 desmiente esta tesis. En primer lugar, el arrendamiento forzoso o convenio forestal forzoso con el IARA en que, conforme al art. 20.2 c), consiste este tipo de expropiación, tiene un plazo de duración de doce años transcurrido el cual no se prevé en la Ley, en contra de lo que los recurrentes sostienen, una prórroga indefinida de dicho plazo. Cosa distinta es que eventualmente se pueda producir una nueva expropiación temporal porque el titular reincida en el incumplimiento de la función social de la propiedad. En segundo lugar, el arrendamiento o convenio forzoso genera una contraprestación económica a favor del propietario conforme a unos valores expropiatorios establecidos no en la Ley de Reforma Agraria, sino en la legislación estatal a la que ésta se remite, y que en sí mismos no han sido cuestionados por los recurrentes. En tercer lugar, si bien es cierto que el art. 20.2 c), de la Ley andaluza permite a la Administración Autónoma, en ciertos casos, acordar la expropiación plena del dominio durante el periodo de vigencia del arrendamiento o convenio forzoso, para ello es necesario no sólo que concurra una nueva y excepcional *causa expropriandi*, determinada por la existencia de “graves motivos de orden económico y social”, sino que además esta nueva intervención expropiatoria habrá de comportar la correspondiente indemnización, por lo que no puede afirmarse que las fincas objeto de arrendamiento o convenio forzoso estén sometidas a unas expectativas de expropiación total más intensas que las demás. Cabe añadir, por último, que si al finalizar el periodo de arrendamiento o convenio forzoso la finca no ha experimentado mejor alguna, que es precisamente la finalidad que la Ley persigue, sino que incluso se han producido daños o lesiones que menoscaban su valor económico, el propietario podrá exigir, en su caso, las oportunas responsabilidades patrimoniales conforme a la legislación general, como se subraya en el escrito del Parlamento de Andalucía. No puede sostenerse, por tanto, que el propietario, sancionado por el incumplimiento de la función social legalmente exigible, se vea privado de toda utilidad económica durante el tiempo que dure la expropiación del uso y disfrute del sus tierras”.

Y en *Extremadura* también se prevé la expropiación de tierras (Ley 3/1987, de 8 de abril, artículo 37), pero desde una perspectiva laboral de la función social y para posibilitar la adjudicación de tierras de regadío a cultivadores directos, se requiere que se realice a agricultores profesionales, obreros fijos de las tierras expropiadas y otros supuestos de personas que acrediten su vinculación al agro.

IV. LA FUNCIÓN SOCIAL EN EL ESTATUTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD AGRARIA

La vinculación de la propiedad agraria a determinados fines de interés general, por razón de la función social que ha de cumplir, ha de producirse “de acuerdo con las leyes” (art. 33.2 CE), que las fincas rústicas y explotaciones agrarias, según su uso y aprovechamiento propio, han de satisfacer, de conformidad con su especial régimen estatutario. Régimen éste que, además de la utilidad económica para el propietario –cuyo mantenimiento la sentencia constitucional 37/1987 ha venido a identificar con el contenido esencial del derecho de propiedad-, no significa que este estatuto o regulación legal no pueda limitar o restringir las facultades de los propietarios respecto al uso y aprovechamiento de los fundos rústicos, imponiendo determinados deberes de conservación y de mejora de los suelos agrarios y del aprovechamiento de las fincas y explotaciones agrarias. Sin perjuicio, pues, de los intereses individuales de los propietarios, los intereses generales de la comunidad legitiman a los poderes públicos para regular e imponer determinadas restricciones que condicionan el ejercicio dominical del *ius colendi*, e incluso de las facultades de disposición.

En este sentido –y en línea de “cumplimiento de la función social de propiedad de fincas rústicas”, como dice en su artículo 2 de la LRDA antes citado-, el interés general implícito en la función social habilita, según este estatuto jurídico, para fijar “criterios técnico-económicos” para realizar la explotación de la tierra e incluso el cambio de destino agrario de ésta, así como para imponer “las transformaciones y mejoras necesarias” en las fincas objeto de aprovechamiento agrario “de acuerdo con el nivel técnico existente y siempre que las inversiones necesarias sean rentables desde un punto de vista económico y social”. La propia sentencia del TC citada toma este precepto de la LRDA, como punto de referencia para determinar el contenido esencial, delimitado por la función social, de la propiedad agraria, según antes se ha considerado.

La legislación autonómica en la materia, aplicable en los ámbitos territoriales correspondientes a aquellas Comunidades Autónomas que han ejercitado su competencia al respecto, como la de Andalucía (Ley 8/1984, de 3 de julio), fundamentan asimismo en el principio de función social de la propiedad de la tierra (art. 2), la imposición de obligaciones a esta función

inherentes. Y por vía de Derecho supletorio estatal (artículo 149.3 CE) o bien por determinación expresa de la propia regulación autonómica a determinados efectos (como es el caso de Aragón, Ley 14/1992, Disp. Adicional 2ª, y del País Vasco, Ley 7/1992, art. 1), parece indudable que la función social de la propiedad agraria que delimita a ésta, conforme al referido precepto de la LRDA y la sentencia constitucional 37/1987, definen legalmente los límites, restricciones y deberes relativos al ejercicio dominical de las facultades contenidas en la propiedad de fincas agrarias.

A continuación se examinan, en primer lugar las limitaciones y los deberes impuestos, de acuerdo con la LRDA y la legislación autonómica aplicable a este respecto, a los propietarios de fincas rústicas destinadas a explotaciones agrarias, así como, por otro lado, a las medidas, incluso expropiatorias, aplicables en caso de incumplimiento de la función social de la propiedad agraria, incluyendo en este último supuesto el específico relativo al llamado arrendamiento forzoso de fincas rústicas.

1. El deber de explotación racional y eficiente de fincas rústicas con destino agrario

Este deber legal limita la facultad de cultivo de una finca rústica para realizar el uso y aprovechamiento agrario que convenga al interés de su titular dominical, en ejercicio del *ius colendi*. Deber legal que se manifiesta en varios tipos de actuaciones dirigidas fundamentalmente a la conservación y mejora de fincas rústicas, así como especialmente su transformación en tierras de regadío.

A) Conservación y mejora del suelo agrario

La conservación y protección de la calidad del suelo de éstas, para mantener su capacidad productiva, se halla regulada en una Ley de 20 de julio de 1955, sobre conservación y mejora de suelos rústicos, que ante la paulatina pérdida de tierras cultivables, como consecuencia de una acción de agentes físicos, por la práctica de labores y de cultivos inadecuados a su capacidad agrícola, esa Ley faculta al poder público y en concreto a la Administración agraria para adoptar una serie de medidas para conservar y proteger suelos agrícolas.

Así, la facultad de aquélla para establecer “normas técnicas” a fin de mejorar el suelo degradado y que pueden comprender instrucciones sobre cultivos, plantaciones de árboles y realización de labores y cultivos idóneos; así como de modo concreto, la rotación de cultivos, la realización de obras de nivelación, abancadamiento o protección, etc.; obligaciones cuya concreta imposición requiere de la aprobación administrativa de un “plan de conservación del suelo agrícola”, referido a una o varias fincas. Se trata como se ve de la posibilidad de imponer concretamente determinados deberes positivos

–de *facere*–, de deberes funcionales que inciden y condicionan de ese modo el ejercicio del *ius colendi*; aunque la propia Ley también trata de facilitar el cumplimiento de estos deberes a los propietarios, previendo la posibilidad de prestar a éstos de auxilios económicos, la realización de obras a costa de la Administración en el caso de pequeñas fincas, fincas poco productivas o costes excesivos.

La tradicional situación deprimida del suelo agrario, desde el punto de vista económico y social, determina y justifica que, a esos deberes funcionales, acompañen asimismo otras medidas de apoyo y ayuda pública técnica y económica, sin las que no sería materialmente posible en muchos casos la efectividad de la ley, ni por ello de sus loables objetivos (como demuestra, por desgracia, la fuerte y progresiva desertización del suelo rural, tras cerca de 60 años de vigencia de dicha Ley).

En la legislación autonómica, la Ley andaluza 8/1984 prevé la posibilidad de establecer “planes individuales de mejora” y, en su caso, de mejora “forzosa” (art. 15.2, 25 y 6), cuyo contenido en determinaciones no precisa la propia Ley, pero cuya mejora a realizar podrá referirse lógicamente a la calidad del suelo atendiendo al destino agrario de la finca y de las inversiones asimismo previstas al efecto.

En todo caso, la imposición de deberes a los propietarios de fincas rústicas ha de permitir a éstos un cierto margen de utilidad y rentabilidad económica, ya que, de no ser así, el cumplimiento de tales deberes supondría una restricción o privación del “contenido esencial” del derecho de propiedad privada. En este caso, parece que el interés general –y no sólo el individual– implicado en la imposición de tales deberes legales, supondría una privación singular que, en cuanto tal, habría de ser compensada por la Administración.

B) *Transformación en regadío de tierras para su aprovechamiento y explotación agraria*

La LRDA³⁹⁷ al refundir en ella la legislación de colonización de zonas regables y de concentración parcelaria, ha regulado conforme a la función social

³⁹⁷ Que contaba como precedente importante, con la actividad de colonización agraria llevada a cabo en nuestro país sobre todo a partir del reinado de Carlos III y a mediados del siglo XX. La Ley de Colonización, de 21 de abril de 1949 impulsó esta actividad que se incrementó notablemente en las dos décadas siguientes y empezó a decrecer en la de los 70, si bien aumentó entonces la superficie de riego transformada por la iniciativa privada, con ayudas crediticias y subvenciones otorgadas por el ya creado IRYDA. La transformación de las zonas regables se llevaba a cabo como actuación conjunta del Ministerio de Agricultura (a través del INC y del IRYDA) y del Ministerio de Obras Públicas (a través de las Confederaciones Hidrográficas), mediante los Planes Generales de Transformación y los Planes Coordinados de Obras, siendo sustituido el IRYDA por las Administraciones de las CCAA a partir de las transferencias a éstas, ya en la década de los 80. PÉREZ PÉREZ, E.: *La propiedad inmobiliaria. Sus formas e inscripción registral*, Edit. Bosch, 2004, pág. 395.

de la propiedad de fincas rústicas (art. 2.1, b), la transformación en regadío de grandes zonas, sobre la base de obras públicas hidráulicas construidas o auxiliadas por el Estado (art. 92.2, a).

Desde la perspectiva de las situaciones jurídicas relativas al suelo rústico, los preceptos de mayor interés en materia de transformaciones en regadío son los artículos 104 a 112 de la LRDA, que regulan las tierras reservadas, en exceso y exceptuadas. Quedan exceptuadas de la aplicación de las normas sobre reserva y exceso y continuarán en su totalidad en poder de sus propietarios las tierras descritas en el art. 111 de la LRDA, que han de ser precisadas en resolución administrativa respecto de cada propietario, a la vez que se determinan las parcelas que proceda reservar conforme a las disposiciones de la Ley y las contenidas en el plan general, y las tierras en exceso que podrán ser objeto de expropiación y adjudicación a la Administración agraria competente para darles el destino establecido en la legislación estatal o autonómica correspondiente (art. 104.2 de la LRDA y concordantes de esta Ley y de las normas aplicables en cada Comunidad Autónoma)³⁹⁸.

En la legislación autonómica, en materia de transformaciones en regadío, se establece la aplicabilidad preferente a este respecto de la LRDA (en general, aplicable supletoriamente). Concretamente en *Andalucía* su Ley 8/1984, de 3 de abril (arts. 42 a 44), condiciona formalmente la transformación de la zona regable a la aprobación administrativa de un “plan general de transformación”, que han de cumplir los propietarios de fincas afectadas, los cuales han de realizar las actuaciones y obras necesarias para que el destino de su cultivo

³⁹⁸ PÉREZ, E., *ob. cit.*, en la nota anterior, pág. 396. La sentencia del TS de 20 de septiembre de 2005 (Sala Tercera, Sección 4ª, ponente Sr. Herrero Pina), respecto a un plan general de transformación de zona regable y concretamente del alcance de la declaración de puesta en riego (art. 119 LRDA), considera que esta declaración no viene condicionada formalmente a la entrega y recepción de las obras de riego: “La declaración de puesta en riego –art. 119 LRDA– constituye un acto formal, en cuanto determina el *dies a quo*, para el cómputo del plazo establecido a fin de alcanzar los límites de intensidad en la explotación de las tierras afectadas y la realización de las obras exigidas al efecto, es decir, para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los usuarios como consecuencia del plan de transformación establecido y en el curso del procedimiento en el que se suceden tales actuaciones, sin que pueda considerarse, por lo tanto, la culminación del proceso. Esa incidencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los usuarios determina que la adopción de la declaración de puesta en riego se supedite a la finalización de la construcción de las acequias, desagües y caminos rurales y que pueda el agua ser conducida a las distintas unidades de explotación dominadas, circunstancias que ponen de manifiesto que tal declaración no queda condicionada a la entrega formal y definitiva de las obras, que tiene su régimen específico y produce otros efectos, sino a que materialmente se hayan concluido y puedan servir para conducir el agua a las distintas fincas. Así pues, para que las deficiencias en las obras resulten relevantes a efectos de la declaración de puesta en riego es preciso acreditar que las obras no se hayan realizado en condiciones de proporcionar el agua a las fincas afectadas y de propiciar la razonable explotación de las mismas.”

agrario sea efectivo; y que una vez aprobado dicho plan, va seguido de una clasificación de las tierras, en “reservadas” (a sus antiguos propietarios), “en exceso” (expropiables, para constituir unidades de explotación, individuales o asociadas) y en tierras sujetas a “reserva especial” (atendiendo a las obras de transformación y haberse realizado una inversión en ellas superior a ¼ de su valor total).

En *Aragón* se dedica por su Ley 14/1992, de 28 de diciembre, una especial regulación a la transmisión de la propiedad de tierras reservadas (“en exceso”) en zonas regables, limitando su transmisión a autorización administrativa, que sólo podrá otorgarse cuando la transmisión se refiera a toda la propiedad reservada en la zona regable, así como a que el adquirente cumpla las condiciones personales que establezca el plan general de transformación y que las fincas constituyan una unidad mínima de explotación conforme al propio plan (art. 45); regulándose asimismo los efectos de dicha autorización (art. 46) y la transmisión hecha antes de la declaración de reserva (art. 47). En lo demás, rige la LRDA estatal como Derecho supletorio.

En *Extremadura*, la Ley 3/1987, de 8 de abril, de tierras en regadío, establece el deber de regar como obligación derivada de la función social de la propiedad de tierras transformadas en regadío, deber cuyo incumplimiento produce como efecto la declaración de regadío infrautilizado, así como la sujeción a los “planes de intensificación y de tierras de regadío infrautilizado” (arts. 1 a 24).

En *Navarra*, la Ley Foral 1/2002, de 7 de marzo, de infraestructuras agrícolas, regula como actuaciones en esta materia, además de la concentración parcelaria y la modernización de regadíos existentes, la “transformación en regadío, con el fin de controlar adecuadamente el agua como factor relevante en la producción agraria”, debiéndose coordinar este tipo de actuación con la de concentración parcelaria (art. 2). A los objetivos de viabilidad social y económica de este tipo de actuaciones, se une el de la “integración ambiental” en su ámbito territorial (art. 5), como presupuestos fundamentales del procedimiento de actuación (arts. 6 a 40). Los aspectos referentes a la reorganización de la propiedad e inscripción registral de fincas (arts. 56 a 60) y traslado de derechos y situaciones jurídicas (art. 61), completan la regulación legal autonómica en los aspectos que a este respecto interesa hacer constar.

Por último, en el *País Vasco*, su Ley 7/1992, de 21 de diciembre, se limita a regular para la declaración de “zona regable” los aspectos formales y competenciales relativos a la aprobación del “plan general de transformación” de la zona regable (art. 3), y los efectos que produce su aprobación tanto respecto a las obras que el plan prevea, cuya utilidad pública y necesidad de ocupación lleva implícitos tal aprobación; así como respecto a las actuaciones promovidas por las comunidades de usuarios, siempre que sean necesarias para realizar la transformación en regadío y cumplan las condiciones del plan aprobado (art. 4). Regulación que ha de completarse con la contenida en la LRDA estatal, en cuanto Derecho aplicable de modo supletorio.

2. Medidas expropiatorias aplicables en caso de incumplimiento de la función social de la propiedad agraria en el régimen legal de las fincas manifiestamente mejorables. Especial referencia al arrendamiento forzoso de fincas rústicas

La forma como se manifiesta de modo más intenso la función social de la propiedad agraria se halla sin duda en la normativa reguladora de las fincas rústicas calificadas como “manifiestamente mejorables”. Se halla contenida en la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, aunque el posterior advenimiento de las Comunidades Autónomas ha determinado que, en ejercicio de sus competencias estatutarias, se hayan promulgado por algunas de ellas su propia regulación legal en la materia. Es sobre todo el caso de *Andalucía*, cuya Ley de Reforma Agraria (Ley 8/1984, antes citada) regula un sistema (arts. 15 a 29) a partir de los denominados “planes comarcales de mejora”, en los cuales se fijan entre otras determinaciones (perímetro de la comarca, obras a realizar, dimensión de las fincas o explotaciones objeto del plan, etc.) unos “criterios generales” para los “planes individuales de mejora”, cuyo incumplimiento determina la aplicación de la medida expropiatoria del dominio o del uso o disfrute en este último caso mediante la figura del arrendamiento forzoso. La Ley *extremeña* 3/1987, de tierras de regadío, a la que asimismo se ha hecho referencia, también prevé la expropiación por causa de interés social, en caso de incumplimiento de los deberes que establece a través de los “planes de intensificación” y la calificación de “tierras de regadío infrautilizado” (arts. 10 a 24 y 35 a 41).

Estas son las CCAA que específicamente dedican una regulación legal *ad hoc* a la materia, que de modo general regula la citada Ley estatal 34/1979, aplicable supletoriamente en aquéllas y de modo general en las demás Comunidades Autónomas, al menos entre tanto se ejercite en su caso, por cada una de ellas, sus competencias en la materia. Conforme a la Ley estatal, ha de hacerse referencia a los supuestos de fincas manifiestamente mejorables, a su declaración como tales y a los efectos que comporta esta declaración.

A) Supuestos de fincas manifiestamente mejorables

Los supuestos en que procede la calificación de finca manifiestamente mejorable, conforme al artículo 2 de la Ley estatal, son tres: fincas susceptibles de explotación agraria que lleven dos años sin explotarse, fincas en las que no se aprovechen correctamente obras construidas o auxiliadas por entes públicos, y fincas de cierta superficie en las que deba intensificarse la explotación para incrementar el empleo.

- El primer supuesto legal se refiere textualmente a “fincas que lleven sin explotarse dos años como mínimo, siendo susceptibles de explotación agraria”

(art. 2.1,a). La falta de explotación parece que ha de ser total y de hecho, que revele una situación fáctica de abandono, pese a tratarse de una finca que es susceptible de ser explotada, aunque la Ley no precisa los criterios técnicos y económicos, para medir tal susceptibilidad.

- El segundo supuesto en que procede la declaración de finca manifiestamente mejorable es el de “fincas en las que de modo manifiesto no se aprovechen correctamente los medios o recursos disponibles como consecuencia de obras construidas o auxiliadas por el Estado o por otros entes públicos” (art. 2.1,b). Supuesto que comprende un caso contemplado en el art. 250 y en la disp. final 6ª LRDA (no transformación de fincas de secano en regadío tras la realización de obras hidráulicas), de manera que parece producirse una duplicidad de regímenes.

- El tercer supuesto se refiere a “fincas cuya superficie sea superior a 50 hectáreas de regadío o a 500 de secano o aprovechamiento forestal, en las que, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el artículo 71 de la Ley de Expropiación Forzosa, deban realizarse las intensificaciones de cultivos o aprovechamientos que, atendiendo al interés nacional, sean necesarias para incrementar adecuadamente el empleo, en función de las condiciones objetivas de explotación” (art. 2.1,c)³⁹⁹.

En caso de que la finca se hallare comprendida en alguno de los anteriores supuestos, al propietario/interesado (arrendatario o titular de derecho real) viene legalmente obligado a presentar –a requerimiento de la Administración agraria- un “plan de explotación y mejora”, que ha de contener las determinaciones que la Ley establece (art. 5)⁴⁰⁰, cuyo incumplimiento da lugar a la calificación de la finca como manifiestamente mejorable.

³⁹⁹ Se ha observado que la Ley 34/1979 “no determina aquí directamente el supuesto de hecho, los requisitos que deben reunir las fincas para ser calificadas como manifiestamente mejorables. La Ley –dentro de los límites relativos a la superficie de las fincas; límites que, curiosamente, no rigen si se trata de fincas de personas jurídicas, art. 2.2- remite a la potestad reglamentaria de la Administración para establecer el contenido de la función social de la propiedad (expresamente, art. 4 Ley cit.). Remisión cumplida por la Orden de 25 de marzo de 1980, que fija tres índices relativos al nivel de empleo, a la intensidad en la utilización de la tierra y a las producciones obtenidas; las fincas que no alcance ciertas proporciones del “valor normal” de dichos índices serán las susceptibles de ser declaradas manifiestamente mejorables. Los valores normales, según el art. 3 de la Orden, son aquellos “que puedan ser obtenidos en tierras de análoga calidad y utilizadas conforme a su vocación productiva y posibilidades de transformación, en las que se observe el uso y costumbre de un buen labrador en la comarca de que se trate”. (LÓPEZ RAMÓN, F., “Agricultura”, en *ob. cit.*, pág. 370 y s). Asimismo sobre los supuestos de fincas manifiestamente mejorables, FERNÁNDEZ FARREDES, G.: “Anotaciones a la Ley sobre Fincas Manifiestamente Mejorables (Ley 34/1979, de 17 de noviembre)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Cívitas, nº 27 (1980), pág. 226 y ss; y RUIZ-RICO, J.M.: “Consideraciones sobre la función social de la propiedad rústica en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables”, *Revista de Derecho Privado*, 1985, pág. 778 y s.

⁴⁰⁰ El plan de explotación y mejora que han de presentar los interesados ha de sujetarse a las “líneas generales que se les señalen [por la Administración agraria] sobre las transformaciones

B) Calificación administrativa de finca manifiestamente favorable

La Ley 34/1979 regula el procedimiento que ha de seguir la Administración agraria (antes estatal, ahora la autonómica), en su artículo 6º, para adoptar la correspondiente resolución calificatoria (por Decreto del órgano de gobierno), previa audiencia de los interesados; aunque la doctrina administrativista ha llamado especialmente la atención sobre el apartado 2 del artículo citado, que disminuye las garantías jurídicas de aquéllos, no solo por excluir la posibilidad de impugnación mediante recursos, administrativos y judicial, respecto de actos de trámite (que hoy admite en ciertos supuestos la Ley 30/1992, artículo 107.1, y la Ley 29/1988, en su art. 25.1), sino también y sobre todo por la ampliación de las causas de inejecución de sentencias que dicho precepto regula y que la doctrina considera claramente inconstitucional en vista de los artículos 117.3 y 118 de la Constitución (ya vigente al promulgarse dicha Ley)⁴⁰¹.

precisas, coste aproximado de las inversiones requeridas, ritmo de ejecución y plazo para la terminación del plan, que no podrá ser superior a tres años, salvo que se integre en planes de conjunto de mayor plazo elaborados por la Administración. Cuando se trate de intensificación de cultivo, las líneas directrices del plan indicarán asimismo el número aproximado de obreros fijos a quienes pueda darse ocupación, fijando el ritmo de colocación de la nueva mano de obra al que como mínimo deberá ajustarse al plan" (art. 5.1).

"Cuando se trate de fincas arrendadas o disfrutadas en virtud de cualquier otro derecho real distinto del dominio, el propietario, en los mismos plazos establecidos en el apartado anterior, podrá solicitar del Ministerio de Agricultura, aportando las pruebas pertinentes, la declaración expresa de que las deficiencias que motiven las actuaciones son imputables al usuario y siempre que, al mismo tiempo, el propietario se comprometa al cumplimiento de modo directo del plan que presente y le sea aceptado por la Administración o del que esta hubiere redactado". Pero "no podrán imputarse al arrendatario las deficiencias que sean consecuencia del contenido de las cláusulas del contrato de arrendamiento" (art. 5.3). RUIZ-RICO, J.M., *estudio cit.* en la nota anterior, pág. 785.

⁴⁰¹ Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., "Agricultura", en *ob. cit.*, donde hace una serie de consideraciones al respecto sobre el art. 6.2 de la Ley 34/1979, donde concluye que resulta muy discutible la ampliación de los supuestos de inejecución de sentencias que contiene (pág. 372 y s). Véase asimismo, FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "Anotaciones a la Ley sobre Fincas Manifiestamente Mejorables (Ley 34/1979, de 17 de noviembre)", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Cívitas, nº 27 (1980), pág. 240 y s. Asimismo, RODRÍGUEZ BARRERA, F.: "Análisis crítico de la vigente Ley española de fincas manifiestamente mejorables", en *Agricultura y Sociedad*, nº 27, 1983, pág. 218 y s. Vid. asimismo las consideraciones hechas por OLIVAN DE CACHO, J., en "La aplicación de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables y el Tribunal Constitucional. A propósito de la sentencia 42/1989, de 16 de febrero", en *Autonomías*, nº 12, pág. 267 y s y 271, respecto a la situación de indefensión de los interesados y la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24 CE) en una expropiación de carácter sancionatorio (expropiación-sanción, como la doctrina administrativista denomina a este tipo de expropiación).

C) Efectos de la calificación de la finca rústica como manifiestamente mejorable

A la calificación administrativa se anudan legalmente como efectos – implícitos- la declaración del “interés social” de la expropiación forzosa y la necesidad de ocupación de la finca por el procedimiento de urgencia (art. 6.2 y 3, en conexión con la Ley de 16 de diciembre de 1954); aunque en principio, como regla, la expropiación se limita a la “privación singular del derecho de *uso y disfrute* mediante el arrendamiento forzoso” (art. 7.1), que excepcionalmente, en caso de que existan “graves motivos de orden económico o social que así lo exijan”, se legitima la expropiación plena de la propiedad (art. 7.2).

La figura del arrendamiento forzoso, en cuanto medida expropiatoria, no constituye propiamente, pese a su denominación, una relación jurídica de naturaleza civil, sino administrativa. No constituye propiamente un arrendamiento contractual civil, por cuanto la actuación no tiene carácter consensuado por las partes de la relación jurídica, sino que es acordada de forma imperativa –por la Administración agraria-, aunque la Ley 34/1979 utilice la denominación de arrendamiento, como la Ley de Expropiación (art. 1.1, inciso final, en su referencia también ésta, al arrendamiento, lo mismo que a otras figuras jurídicas de honda raigambre civil y contractual, como la venta, permuta, etc., utilizados impropriamente). Ahora bien, la privación singular tiene por objeto en este supuesto, no del derecho de propiedad como tal, sino sólo de las facultades de uso y disfrute de la finca, es decir de su aprovechamiento agrario, que no podrá realizar en consecuencia el propietario *ut dominus*, ni contratarlo con otra persona –arrendatario, enfiteuta, etc.- en el ámbito jurídico privado.

Posibilidad que, no obstante, el Tribunal Constitucional admite en la referida sentencia 37/1987, de 26 de marzo, al decir (F.J. 4) que no se trata de una expropiación plena o total del dominio, sino de tales facultades (uso y disfrute), que son perfectamente separables de la titularidad del propietario y enajenables, sin que pierda por ello éste su señorío sobre el bien. La privación al propietario de la facultad de aprovechamiento de su finca, pese a ser esta una facultad ciertamente esencial, se impone de modo temporal y por una causa de interés social; por lo que la legitimidad constitucional de esta figura jurídica ha

El TC, en su sentencia 42/1989, de 16 de febrero, ante la situación de indefensión alegada por los propietarios, debido a que sólo fueron notificados tres de éstos, considera que la falta de audiencia es una cuestión de procedimiento ordinario y que la Administración notificó a las personas que aparecían en el Registro de la Propiedad así como que la notificación sólo a unos copropietarios es correcta, por lo que no aprecia situación de indefensión, que para que pueda ser apreciada como vulneración del derecho fundamental del art. 24 CE, no sea imputable a la pasividad o negligencia de quien la invoca (OLIVÁN DE CACHO, J., estudio cit. “La aplicación ...” pág. 269 y s).

recibido pleno respaldo constitucional, como técnica que presupone el incumplimiento de la función social de la propiedad⁴⁰².

El arrendatario –beneficiario de la expropiación- es la Administración agraria, que ha de asumir la ejecución del “plan de explotación y mejora”, bien directamente (a través de una empresa pública, como las empresas de transformación agraria; el Instituto de Reforma Agraria Andaluza, IARA), o bien adjudicando la explotación de la finca a terceros en arrendamiento o subarriendo. La legislación estatal y autonómica prevé la posibilidad de adjudicación a trabajadores agrícolas o a cultivadores directos y personales (art. 10 de la Ley 34/1979, arts. 53 y 56 y ss de la Ley andaluza 8/1984, art. 37 de la Ley extremeña 3/1987).

La incidencia de la legislación posterior viene dada fundamentalmente por la Ley estatal 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, que como referencia básica de actuación regula la explotación “prioritaria”, definida con criterios subjetivos (bien sea familiar o bien asociativa, cooperativas, sociedades civiles, laborales y mercantiles) y de carácter objetivo (viabilidad económica de la explotación y que justifique la concesión de ayudas públicas de modo preferente). Entre las ayudas o apoyos públicos, además de beneficios fiscales, también se prevé el apoyo a agricultores jóvenes, que por primera vez se instalen en una explotación agraria prioritaria, como titular, cotitular o socio de la misma.

Entre esos apoyos, no cabe duda de la posibilidad de acceder a la explotación agraria de fincas rústicas prevista en la citada legislación estatal y autonómica sobre fincas “manifiestamente mejorables”, mediante su adjudicación a entidades agrarias etc., de fincas rústicas, reguladas en los supuestos previstos por aquella legislación y en general, según la aplicable en materia de arrendamientos rústicos, en la que también incide la Ley 19/1995, según se ha visto.

V. RECAPITULACIÓN

⁴⁰² La legislación estatal de expropiación forzosa establece como requisito necesario para aplicarla la “declaración positiva de que un determinado bien o categoría de bienes deben sufrir determinadas transformaciones o ser utilizados de manera específica” (art. 72, 1º, de la Ley de 16 de diciembre de 1954). Actuación positiva que supone, pues, la imposición previa de un deber de explotación y mejora, a este respecto, de una finca rústica inadecuadamente utilizada o aprovechada, bajo amenaza de expropiación parcial del ejercicio de *ius utendi et fruendi* de la propiedad, mediante la correspondiente indemnización (canon arrendaticio: art. 8.1 de la Ley 37/1979, según la cual el “justiprecio será igual al promedio de la renta que la finca haya producido en el último quinquenio”... con el límite de que “la cantidad resultantes pueda ser inferior a la mitad de la renta catastral”; normativa estatal a la que remite la legislación autonómica al respecto: así, por la Ley andaluza 8/1984, art. 20.2,c).

La funcionalidad y destino de la propiedad agraria, en razón del tipo de actividad económica a que viene vinculada, en el suelo rural, supone no solo la existencia de un régimen jurídico peculiar aplicable a las fincas o predios rústicos que ha experimentado importantes transformaciones jurídicas, desde la regulación contenida en nuestro Código Civil –cuyo acusado carácter agrario ha señalado la doctrina- hasta el momento actual, por la incidencia que en su régimen ha tenido y tiene no solo la legislación del suelo, urbanística y medioambiental, sino también por la propia dinámica, sustancialmente económica, que constituyen las explotaciones agrarias, cuya racionalidad y adecuación a las necesidades, factores y circunstancias socio-económicas y técnicas, como es lógico han de ser tenidas asimismo en cuenta por el legislador. El hecho de ser el agro un sector tradicionalmente deprimido, determina y justifica que el uso y el aprovechamiento de la tierra destinada a la agricultura y la ganadería haya de ser especialmente apoyada y promovida por el poder público, para su desarrollo socio-económico. Se instrumentan al efecto disposiciones y medidas jurídicas dirigidas a la racionalización de las estructuras agrarias (unidades mínimas de cultivo, concentración parcelaria, retracto de colindantes, etc.), así como de las explotaciones y cultivos propios de este vital sector de la economía y la sociedad.

Los clásicos *ius utendi, fruendi et disponendi*, aquí representados por las facultades de uso y aprovechamiento de una finca o terreno rústico, o si se quiere la de cultivarlo, a conveniencia del titular del dominio (artículo 350 CC) según su propio interés o utilidad, sin embargo desde una perspectiva dinámica, más evolucionada del ordenamiento, se vincula no solo al concepto de finca rústica, también al de explotación agraria. A la tradicional facultad del titular del dominio de la finca (la facultad de cultivar ésta, el *ius colendi*) se une la *función social* de la propiedad agraria (y vinculada a ésta, según lo dicho, la empresa agraria, sea ésta individual o asociada), que aquélla (y ésta) asimismo han de cumplir, al ejercerse ese *ius colendi*, sea *ut dominus* o bien por el titular de un derecho patrimonial (arrendatario, usufructuario, ...). A la clásica faceta activa definatoria de la situación del titular del derecho, se vincula así legalmente la posibilidad de imponer a éste determinados deberes (funcionales, en sentido positivo, de hacer), e incluso de estímulos (ayudas públicas), para garantizar que la realización del aprovechamiento y explotación agraria de una finca rústica sean adecuados (eficientes, económica y socialmente).

De otra parte, la facultad de disposición de la finca por el propietario, para poder enajenarla total o parcialmente, viene legalmente condicionada también por esta concepción dinámica que incorpora a la noción –estática- de finca la de explotación agraria, que para ser eficiente tiene que tener al menos una determinada extensión superficial, lo que determina la imposición de límites jurídicos: a la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* para evitar su división, o el otorgamiento legal de derechos de adquisición preferente –tanteo y retracto- a favor de los propietarios de fincas colindantes –como el concedido por la

legislación agraria a los titulares de explotaciones agrarias prioritarias, que plantea determinadas cuestiones respecto del retracto de colindantes regulados por el CC, en caso de concurrencia-, o bien por razones sociales, como los derechos de adquisición preferente que se otorga a los arrendatarios por la legislación de arrendamientos rústicos.

En el régimen estatutario de la propiedad agraria –y ligada a ésta, la empresa agraria-, los intereses particulares y los generales aparecen entremezclados, cuando no fusionados, por lo que la función social reviste y tiene una especial significación positiva, que viene a reforzar sobre todo el clásico *ius colendi* para activar que el ejercicio dominical de esta facultad sea realmente efectivo. Se une por ello, a este efecto, la imposición al titular del derecho de un *deber* –legal- de ejercitarlo, dado el interés general implicado en que el aprovechamiento y explotación agraria de la finca se realice con criterios económicos y técnicos que sean adecuados al destino agrario de aquélla, e incluso a realizar, en determinados supuestos legales, la transformación y mejora de la finca rústica, bajo un determinado plan –aprobado por la Administración agraria-, “en cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas” (como dice el artículo 2 de la LRDA), bajo amenaza de sanción expropiatoria de dicha facultad de uso y aprovechamiento de la finca rústica (“arrendamiento forzoso” de ésta).

Y es que, en definitiva, la productividad de la tierra, como factor de producción de los bienes que como resultado produce la actividad agraria, básica para poder atender a una necesidad vital de la población –como es la de abastecerla de alimentos, naturales o bien transformados por la industria agroalimentaria- trasciende del interés o utilidad económica particular por estar implicado, asimismo y fundamentalmente, el interés general de la comunidad, que se beneficia de esta productividad, sobre todo en términos de seguridad y calidad de los alimentos. La menor rentabilidad de la tierra, de su aprovechamiento “natural” –respecto a la que produce la situada en el ámbito urbano-, determina y justifica el que la función social de la propiedad agraria comprenda también una atención especial del poder público –constitucionalizada en nuestro actual ordenamiento jurídico- respecto a la población rural, para que su nivel de vida pueda equipararse al de todos los españoles (art. 130 CE). La función social de la propiedad –y de la empresa agraria incluye, en fin, otros aspectos socio-laborales, ecológicos, consumo (legislación de consumidores), etc., a los que se ha hecho mera alusión, que no supone reducir su trascendencia, sino por el hecho de exceder de nuestra temática.

CAPÍTULO DÉCIMO

EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN MATERIA FORESTAL

Sumario.- I. INTRODUCCIÓN. II. ORDENACIÓN JURÍDICA Y ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS MONTES DE PROPIEDAD PRIVADA. 1. Concepto jurídico de monte. 2. Clasificación legal de los montes o terrenos forestales. Estatuto de los montes privados. III. APROVECHAMIENTO, CONSERVACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS MONTES DE PROPIEDAD PARTICULAR. 1. Los aprovechamientos forestales. 2. Conservación y mejora de montes. 3. Supuestos de figuras contractuales, con especial referencia a las que tienen por objeto la reforestación de montes de particulares. Tipos de contratos: Consorcios y convenios, con referencia al ordenamiento civil. 4. El usufructo de montes. IV. LÍMITES A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL PROPIETARIO: DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN CASO DE TRANSMISIÓN ONEROSA. SUPUESTOS DE TANTEO Y RETRACTO LEGAL. V. FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD FORESTAL. 1. La delimitación del contenido normal de la propiedad forestal mediante la planificación. A) Planificación forestal vinculada y coordinada con la planificación territorial. B) Planificación específica de la gestión de aprovechamientos forestales. 2. Limitaciones y obligaciones *in faciendo*. VI. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE MONTES O FINCAS FORESTALES PRIVADAS Y DE DERECHOS REALES. VII. RECAPITULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La riqueza forestal, situada también –como la propiedad agraria- en el espacio rural y constituida por los montes y los bosques, se singulariza tradicionalmente asimismo por su funcionalidad y destino, aunque a diferencia de ésta, se halla en gran medida publicificada en nuestro ordenamiento. Su consideración como riqueza natural ha dado lugar a la atribución de su dominio al Estado, de donde su calificación de dominio público, aunque por determinadas circunstancias históricas –a las que se alude más adelante, con referencia a nuestro país-, también ha existido y existe en no menor medida el derecho de propiedad forestal privada en esta materia. El deslinde jurídico de ambos títulos de dominio, el público y el privado, en razón no tanto respecto a la funcionalidad y destino de la riqueza forestal, cuyo interés y utilidad general parece evidente⁴⁰³, sino cuanto específicamente atendiendo a su titularidad dominical, según sea ésta pública o privada. La característica jurídica definitoria

⁴⁰³ En diversos aspectos: no solo económico, también ambiental y ecológico. Los beneficios que proporcionan los montes y bosques son variados y archiconocidos, pero vale la pena recordarlos: proporcionan madera, leñas, resina, corcho, esparto, frutos, hongos y fijan grandes cantidades de carbono y oxígeno por el aporte energético del sol; mantiene y acrecienta la flora y la fauna; conserva el suelo, frente a la erosión; retiene el agua; embellece el paisaje, etc. Los montes y bosques son básicos para el equilibrio ecológico del planeta, esto es, de la relación normal entre los seres vivos y su medio y, por ello, base vital del desenvolvimiento y desarrollo de la comunidad (SANZ JARQUE, J. J.: *Derecho Agrario*, Fundación Juan March, Ríoduero, Madrid, 1975, p. 489).

de los montes como tierra o suelo materialmente rural o rústico, permite deslindarlo así, en razón de su objeto, de la propiedad urbana, e incluso y de modo general, en razón de su propia funcionalidad y destino, de la propiedad agraria, aunque respecto a ésta no tanto, supuesta la posibilidad –si bien excepcional- de llevar a cabo ciertos cultivos agrícolas de montaña⁴⁰⁴.

De ahí que la protección y conservación de la riqueza forestal sea en todos los países, independientemente de su titularidad o propiedad, un objetivo fundamental, básico para el equilibrio ecológico, y que su utilización y aprovechamiento económico (producción maderera) y social (cultural, recreativo, etc.) venga subordinado en general al mantenimiento de dicho equilibrio. La función social se halla vinculada por ende, en esta materia, muy estrechamente, a la función ecológica de los espacios forestales y se manifiesta fundamentalmente en un derecho-deber que viene fijado en el *ius conservandi*. Función social y ecológica que, vinculada a objetivos de interés general, de suyo –cabría decir, por definición- han de cumplir los montes de dominio público, pero que han de cumplir asimismo los de propiedad privada, conforme al estatuto jurídico de la propiedad forestal, que ha de delimitar, esto es, fijar los límites del contenido y deberes de este tipo de propiedad⁴⁰⁵, como se verá más adelante con referencia a nuestro ordenamiento jurídico.

La privatización en nuestro ordenamiento de buena parte de los terrenos forestales, frente a la tradición de su aprovechamiento común –especialmente de los montes municipales-, encontraría su fundamento, históricamente, en la legislación desamortizadora decimonónica, que si bien con excepciones, reiteró la Ley de Montes de 1863⁴⁰⁶. Circunstancia histórica ésta que es la que,

⁴⁰⁴ Así, en nuestro ordenamiento jurídico actual, la Ley 25/1982, de 30 de junio, en desarrollo del artículo 130.2 CE, contiene una regulación especial para las zonas de agricultura de montaña, a fin de posibilitar su desarrollo económico y social, especialmente en sus aspectos agrarios, manteniendo un nivel demográfico adecuado y atendiendo a la conservación y restauración del medio físico, como hábitat de sus poblaciones.

⁴⁰⁵ Sobre la función social y ecológica de la propiedad forestal, *vid.* las consideraciones hechas por E. PÉREZ PÉREZ, en *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Edit. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 413 y s. En la doctrina administrativista, LÓPEZ RAMÓN, F.: *Principios de Derecho Forestal*, Edit. Aranzadi, 2002, pág. 112 y s.

⁴⁰⁶ No obstante, esta Ley de 1863 (24 de mayo) trató de limitar la acción desamortizadora exceptuando de venta los montes públicos de pinos, robles y hayas, que contasen al menos con cien hectáreas, así como los terrenos de aprovechamiento común y dehesas para ganado de labor. El patrimonio forestal fue objeto de un importante embate privatizador (GARCÍA SANZ, A. y SANZ FERNÁNDEZ, J.: *Enciclopedia de Historia de España* (dir. M. ARTOLA), 1, Edit. Alianza, 1988, págs. 57 y 72. Con más detalle, DE VICENTE DOMINGO, R.: *Espacios Forestales (su ordenación jurídica como recurso natural)*, Edit. Cívitas, 1995, págs. 35 a 40. La historia de nuestra legislación forestal refleja hasta hoy los efectos de la privatización de parte de este sector, determinando así la existencia de montes de propiedad privada y de propiedad pública, aunque la legislación vigente –estatal y autonómica- incluye medidas tendentes a aumentar esta última, como los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración (*infra*).

fundamentalmente, explica que, a diferencia de otros bienes de dominio público calificados demanio natural, como las aguas y las minas, en el régimen jurídico de los montes, en nuestro Derecho, exista como excepción característica la referente a los montes de propiedad privada, montes privados o particulares, dentro de la tipología que, atendiendo a su titularidad, los diferencia de los montes públicos o de titularidad pública. Ni que decir tiene que, limitándose el presente trabajo al estudio del estatuto jurídico de la propiedad privada inmobiliaria, en su contenido y función social, en consecuencia este capítulo haya de centrarse en el estatuto aplicable a los montes privados; aun cuando esta limitación temática no puede ser óbice, lógicamente, a más amplias referencias conceptuales y funcionales en esta materia, para poder adoptar la perspectiva jurídica y metodológica propia de este trabajo.

En esta perspectiva, en la ordenación jurídica de los espacios forestales aun cuando prime, como es lógico, la normativa y la doctrina iusadministrativista, pese a ello el reconocimiento de la propiedad forestal *privada* supone también la existencia de títulos civiles, como no solo la propia normativa iuspublicista reconoce según se verá, sino también nuestro Código Civil, cuyo artículo 485 verbigracia regula especialmente los derechos del usufructuario de montes maderables, si bien lo hace ya entonces bajo el mismo principio conservacionista, al establecer que las talas o cortas de árboles han de hacerse “de modo que no perjudiquen a la conservación de la finca”.

II. ORDENACIÓN JURÍDICA Y ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS MONTES DE PROPIEDAD PRIVADA

Como presupuesto del examen del contenido en aprovechamiento y poder de disposición de suelo rústico constituido por terrenos de propiedad forestal, y de la función social que en interés general este derecho debe cumplir, según su estatuto jurídico propio y específico, parece lógico tratar de delimitar la significación que en nuestro ordenamiento tiene el concepto de monte, así como de los supuestos tipológicos que engloba estatutariamente; con particular referencia a los montes de propiedad privada, en cuanto son éstos los que, particularmente, a efectos del presente estudio, interesa analizar.

1. Concepto jurídico de monte

En nuestro actual ordenamiento, se recoge un concepto amplio de monte, como terreno forestal, esto es, con referencia a la realidad física, por la Ley estatal 43/2003, de 21 de noviembre, que dice, en su artículo 5, que es “todo terreno en el que vegetan especies forestales arbóreas, arbustivas, de matorral o

herbáceas, sean espontáneamente o procedan de siembra o plantación”⁴⁰⁷; criterio físico que es el que también acogía en principio la anterior Ley de Montes de 1957 (artículo 1), pero que completa la Ley actual con otro criterio, funcional éste, cuando a continuación alude a que el terreno forestal “cumpla o pueda cumplir funciones ambientales, protectoras, productoras, culturales, paisajísticas o recreativas”. En suma, pues, los montes son aquel tipo de suelo o de terrenos en el que vegetan especies forestales y que cumplen o son susceptibles de cumplir diversas funciones (*multifuncionalidad*), por sus valores ambientales, económicos o sociales, que la propia Ley estatal relaciona.

Ahora bien, la delimitación legal del concepto de monte, *excluye* de esta consideración, a los terrenos dedicados al cultivo agrícola, por un lado, como también por otro a los terrenos urbanos –éstos conforme a la legislación urbanística autonómica- (artículo 6.2); si bien completa su delimitación conceptual la propia Ley en sentido positivo y extensivo, *ampliando* la consideración legal de monte -aunque no lo sea técnicamente-, a aquellos terrenos en los cuales no vegetan especies forestales en el caso de los “terrenos yermos, roquedos y arenales”, así como a las “construcciones e infraestructuras destinadas al servicio del monte en que se ubican”, y a los terrenos que aunque no sean forestales, sin embargo vengán destinados a su repoblación o transformación forestal⁴⁰⁸. En definitiva, pues, la vigente Ley de Montes mantiene el mismo criterio que la Ley de 1957, restringiendo y ampliando el concepto de monte, que completa y explicita con las distintas funciones, ambientales y socioeconómicas que han de cumplir, conforme a la normativa estatal y de las Comunidades Autónomas en el marco de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

⁴⁰⁷ Definición que precisa después la misma Ley, en su artículo 6,b, al definir “especie forestal”, diciendo que es “la especie arbórea arbustiva, de matorral o herbácea” que no sea característica “de forma exclusiva del cultivo agrícola”; con lo cual introduce esta otra nota negativa (que también recogía la Ley de Montes de 1957), para conceptualizar legal y técnicamente a un terreno como monte. No tienen, pues, legalmente la consideración de monte los “terrenos dedicados al cultivo agrícola” (art. 5.2,a), ni “los terrenos urbanos y aquellos otros que las comunidades autónomas excluyan en su normativa forestal y urbanística” (art. cit. apartado b), un parque urbano por ejemplo.

PÉREZ ESCOLAR considera que, a efectos legales, ha de entenderse como monte todo terreno rústico que, cubierto de especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, no esté destinado a un aprovechamiento agrícola, o bien que, aunque no cumpla estos requisitos, haya sido afectado por una resolución administrativa por la cual haya de ser repoblado (“Delimitación jurídica de monte”, en *Actualidad Civil*, nº 46 (2002), pág. 1365 y ss.

⁴⁰⁸ Art. 5.1, pfo 2, de la Ley de Montes. Los apartados c) y d), que englobamos en el último supuesto, dicen: “c) Los terrenos agrícolas abandonados que cumplan las condiciones y plazos que determine la comunidad autónoma, y siempre que hayan adquirido signos inequívocos de su estado forestal. d) Todo terreno que, sin reunir las características descritas anteriormente, se adscriba a la finalidad de ser repoblado o transformado al uso forestal, de conformidad con la normativa aplicable.”

En la legislación autonómica, por lo general se apela, para calificar los montes o terrenos forestales a las características del territorio de la Comunidad Autónoma (así, explícitamente en la valenciana, según su Ley 3/1993, de 9 de diciembre, en su preámbulo), lo que asimismo tiene en cuenta la ulterior y vigente Ley estatal (2003), pese al carácter primordialmente básico de ésta⁴⁰⁹. No es óbice ello a que la legislación autonómica forestal reproduzca incluso el concepto de la Ley de Montes de 1957⁴¹⁰, que determinadas CCAA completan en sus leyes forestales, con sus referencias a las funciones ecológicas, protectoras, de producción, paisajísticas o recreativas que corresponden a los montes⁴¹¹. En la legislación forestal autonómica posterior a la vigente Ley estatal (Aragón, Ley 15/2006, de 28 de diciembre; Castilla-La Mancha, Ley 3/2008, de 12 de junio; y Castilla y León, Ley 3/2009, de 6 de abril), se sigue el concepto de monte contenido en el artículo 5.1 de la Ley 43/2003, incluso literalmente (así, el artículo 6.1 y 2 de la citada Ley aragonesa), sin perjuicio de incluir en dicho concepto determinados supuestos, en desarrollo de la Ley básica estatal o por ser característicos del territorio autonómico⁴¹².

⁴⁰⁹ Disp. Adicional Segunda de la Ley 43/2003, en virtud del título competencial por el que se dicta esta Ley estatal (legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y protección del medio ambiente, art. 149.1, 23º CE), además de otros del mismo artículo constitucional (art. 149.1, 8º, 14º, 15º y 18º CE, conforme determina la propia Disposición Adicional Segunda de dicha Ley).

⁴¹⁰ Así, la Ley Foral de Navarra 13/1990, de 31 de diciembre (art. 4) y la Ley riojana 2/1995, de 10 de febrero (art. 4).

⁴¹¹ Así, en Andalucía, la Ley 2/1992, de 15 de junio (art. 1) y en la Comunidad Valenciana, la Ley 3/1993, de 9 de diciembre (art. 2); funciones que después recogería la Ley estatal, básica en la materia, en su concepto de monte (art. 5.1), como se ha indicado. Lo que respecto a dichas leyes autonómicas –por ello extensiva a la ulterior Ley estatal en la materia-, observara LÓPEZ RAMÓN, F., diciendo que “lo que se ha hecho es complicar la definición de un objeto de la realidad, incluyendo en el mismo los objetivos de la legislación reguladora del objeto en cuestión. ¿No será monte, acaso, el terreno forestal que no cumpla ninguna función ecológica, ni protectora, ni de producción, ni paisajística, ni recreativa? Mezclar el ser con el deber ser –dice- en las definiciones de objetos de la realidad, únicamente produce inconvenientes” (*Principios de Derecho Forestal*, Edit. Aranzadi-Thomson, 2002, pág. 41). La extensión del concepto legal básico de monte vigente (art. 5.1, pfo 2 de la Ley 43/2003) permite resolver hoy problemas de calificación jurídica de terrenos yermos (que la Ley catalana 6/1998, incluye en su art. 2.1), las pistas y caminos forestales (asimismo, por la Ley catalana cit.) y en general los terrenos del monte ocupados por infraestructuras forestales, etc. Algunas ampliaciones autonómicas del concepto de monte no parecen suscitar demasiados problemas, como la inclusión expresa como terrenos forestales de los prados o pastizales de regeneración natural (Cataluña, La Rioja, Navarra), y los setos naturales y masas arboladas de las riberas de los cauces públicos (La Rioja), que cita también LÓPEZ RAMÓN (*Principios de Derechos Forestal, cit.*, pág. 42) y asimismo PÉREZ PÉREZ, E. (*La propiedad ...*, pág. 410 y s, en nota).

⁴¹² Así, en la Ley aragonesa 15/2006 (art. 6.3,4 y 5), se incluyen en el concepto de monte, apartado 3, en desarrollo de la Ley básica estatal: “a) Los terrenos agrícolas abandonados que no hayan sido objeto de laboreo por plazo superior a diez años y siempre que hayan adquirido

2. Clasificación legal de los montes o terrenos forestales. Estatuto de los montes privados

La limitación dentro de la propiedad inmobiliaria, a la de pertenencia privada, requiere asimismo, como presupuesto a su consideración sistemática, la delimitación de la misma en el sector forestal; delimitación que lógicamente incluye la necesidad de aludir a la tipología de montes, según el ordenamiento jurídico de este sector. La vigente Ley estatal 43/2003, atendiendo a su titularidad, distingue entre montes públicos y montes privados, y en consecuencia determina, atendiendo a su titularidad dominical, que los primeros son “los pertenecientes al Estado, a las Comunidades Autónomas, a las entidades locales y a otras entidades de derecho público”⁴¹³, mientras que los segundos son los que pertenecen “a personas físicas o jurídicas de derecho privado, ya sea individualmente o en régimen de copropiedad”⁴¹⁴.

signos inequívocos de su estado forestal. b) Los enclaves forestales cuya superficie no sea inferior a mil metros cuadrados”. 4. Asimismo tienen la consideración de monte: “a) Los terrenos que se encuentren en un monte público, aunque su uso y destino no sea forestal. b) Los neveros, los glaciares y las cumbres. c) Los humedales, sotos y masas forestales de las riberas de los ríos. d) Las plantaciones de especies forestales que no sean objeto de labores agrícolas, destinadas a la producción de madera, de biomasa o de cualesquiera otros productos de uso industrial, cuyo periodo de crecimiento sea superior al plazo de un año, así como las plantaciones de especies forestales destinadas a procurar un aprovechamiento micológico mediante el uso de técnicas de cultivo específicas”. Y “5. Tienen también la condición de monte, cualquiera que sea su extensión, sin perjuicio de lo que se establezca mediante su desarrollo reglamentario y siempre que aparezcan cubiertos con vegetación forestal, los siguientes terrenos: a) Los que formen parte de la Red Natural de Aragón. b) Los que sostengan vegetación forestal arbórea. c) Los ribazos o márgenes de cultivo cuando sirvan a la defensa contra los procesos erosivos del suelo”.

⁴¹³ A su vez, los “montes públicos” se subclasifican en montes de dominio público –de uso o servicio público y los “comunales” (*infra*)- y los “patrimoniales”, en los que se incluyen en general los montes públicos “que no sean demaniales” (art. 12 de la Ley 43/2003). Entre los montes de dominio público, la categoría de más relevancia es la de los montes catalogados de utilidad pública, que la actual Ley 43/2003 incluye expresamente entre los bienes que integran el dominio público forestal (art. 12.1, a, y 16), y cuyas particularidades los diferencian de los demás bienes demaniales (PÉREZ PÉREZ, E., *La propiedad ...*, pág. 413).

⁴¹⁴ Art. 11.1, 2 y 3. En su apartado 4, este artículo se refiere a los “montes vecinales en mano común”, que tienen naturaleza especial, en cuanto subespecie de bienes *comunales*. Como éstos vienen asimilados en su régimen –lo mismo que los bienes demaniales-, en cuanto sujetos a los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad (art. 132.1 CE), y su aprovechamiento corresponde a vecinos de un municipio; pero, a diferencia de los bienes comunales propiamente dichos –cuya propiedad corresponde al municipio como ente público local-, los “montes vecinales en mano común” pertenecen a los propios vecinos como propiedad común; por lo tanto, a determinados grupos sociales y no al ente local municipio, según el tradicional y peculiar régimen jurídico, contenido actualmente en la Ley 55/1980, de 11 de noviembre; por lo que se les aplica lo dispuesto para los “montes privados”, o de particulares,

Pues bien, por lo que se refiere a los *montes privados*, o de propiedad privada, según la legislación forestal –estatal y autonómica- vienen sujetos a un peculiar régimen estatutario, que los sujeta a intervención pública, jurídico-administrativa, respecto a su gestión, aprovechamiento y conservación; como vamos a ver, se trata, según considera la doctrina, de una propiedad privada “vinculada”. Como dice LEGUINA VILLA, su titular no es libre para fijar el destino que ha de darse al bien de su pertenencia, ni tampoco para señalar el modo de ejercicio de sus facultades de goce y disposición; al contrario, tanto aquél como el ejercicio de éstas vienen rigurosamente determinados por las leyes, de manera directa o por remisión a disposiciones y actos de la Administración⁴¹⁵. La legislación forestal establece una serie de normas, empezando como se ha visto por atribuir a la Administración la función de definir los terrenos rústicos que se califican o catalogan como montes, según el concepto legal examinado, a efectos de aplicar el ordenamiento de este sector: así, las normas de conservación y restauración, para asegurar el destino forestal del monte; medidas de conservación, como la prohibición o limitación de cambios del destino forestal al agrícola, ganadero o urbanístico y la protección de las masas forestales contra plagas e incendios; medidas de restauración, como las repoblaciones y mejoras obligatorias. También trata de garantizarse la racionalidad de los aprovechamientos forestales, mediante medidas de planificación; imponiendo incluso la agrupación de fincas forestales; fijando unidades mínimas de montes indivisibles, cuya superficie sea inferior a la que fija la legislación forestal, etc.; todo ello bajo el control de la Administración⁴¹⁶, mediante la aprobación de planes forestales, licencias de corta y de repoblación, etc.

sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Montes de 2003 (arts. 2 y 11.4 y concordantes, así como la regulación contenida en la citada Ley 55/1980). En este sentido, la Ley 43/2003 los distingue, por ello, de los “montes comunales”, pertenecientes a los entes públicos locales, aunque su aprovechamiento corresponda a los vecinos (art. 11.1,b; en concordancia con la legislación del régimen local). En todo caso, el aprovechamiento de este tipo de bienes corresponde al común de los vecinos –que efectivamente residan en el lugar (*animus manendi*), como ha considerado el TC (s. 308/1994, de 21 de diciembre, F.J. 2). Sobre este tipo de bienes y su peculiar aprovechamiento, *vid.* la magnífica obra de NIETO GARCÍA, A., *Bienes Comunales*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964; asimismo *Bienes Comunales de los montes de Toledo*, Madrid, 1991; así como GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura*, Santander, 1986.

⁴¹⁵ “Las facultades dominicales de la propiedad forestal”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* (Edit. Cívitas), nº 3, pág. 447 y ss; RIVERO ISERN, E., y SÁNCHEZ BLANCO, A.: “El estatuto jurídico de la propiedad forestal privada”, *Revista de Administración Pública*, nº 78, págs. 9 y ss.

⁴¹⁶ LÓPEZ RAMÓN, F., *Principios de ...*, cit., pág. 43 y s.

El mayor grado de intervencionismo público en los montes de propiedad privada se da en el caso de los llamados “montes protectores”, que son aquellos específicamente calificados y declarados como tales –por la Administración autonómica-, por considerarse de específico interés público su protección – incluso en caso de titularidad privada y no solo de la pública- en algunos supuestos que determina la Ley de Montes estatal (según la reforma introducida por la Ley 10/2006, de 28 de abril), como es el caso, por ejemplo, de los montes situados en las cuencas alimentadoras de los pantanos –a que se refería, en su artículo 31, el Reglamento de 1962 de la Ley de Montes de 1957-, y que la vigente Ley forestal amplía a otra serie de casos o supuestos⁴¹⁷. La declaración de montes protectores ha de hacerse por la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente mediante expediente, en el que aquélla ha de dar audiencia a los propietarios (y al municipio donde radiquen); debiendo existir asimismo un Registro administrativo de este tipo de montes –y de otros de especial protección según la legislación forestal autonómica-; registro en el cual, además de la titularidad del monte, han de constar las cargas, gravámenes y demás derechos reales recayentes sobre el dominio del mismo⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Que textualmente, según el artículo 24.1 de la Ley estatal (reforma de 2006), son los siguientes: “a) Los situados en cabeceras de cuencas hidrográficas y aquellos otros que contribuyan decisivamente a la regulación del régimen hidrológico, evitando o reduciendo aludes, riadas e inundaciones y defendiendo poblaciones, cultivos o infraestructuras. b) Que se encuentren en las áreas de actuación prioritaria para los trabajos de conservación de suelos frente a procesos de erosión y de corrección hidrológicoforestal y, en especial, las dunas continentales. c) Que eviten o reduzcan los desprendimientos de tierras o rocas y el aterramiento de embalses y aquellos que protejan cultivos e infraestructuras contra el viento. d) Que se encuentren en los perímetros de protección de las captaciones superficiales y subterráneas de agua. e) Que se encuentren formando parte de aquellos tramos fluviales de interés ambiental incluidos en los planes hidrológicos de cuencas. f) Aquellos otros que se determinen por la legislación autonómica. g) Que estén situados en áreas forestales declaradas de protección dentro de un Plan de Ordenación de Recursos Naturales o de un Plan de Ordenación de Recursos Forestales de conformidad con lo dispuesto en el art. 31 de esta ley.”

⁴¹⁸ Art. 24.2, 24 bis y 24 ter de la Ley estatal 43/2003, reformada por la Ley 10/2006, de 28 de abril. La legislación autonómica ha desarrollado la regulación de los supuestos de montes protectores: así, la Ley Foral de Navarra 3/1990 (art. 17), la Ley valenciana 3/1993 (art.9), la Ley riojana 2/1995 (art. 18), etc.; en razón del interés general de montes de titularidad privada por sus condiciones físicas, ecológicas y sociales. Lo que se ha producido es un cambio sustancial en el concepto mismo de monte protector, en el sentido de proteger no solo de las inundaciones, sino también para proteger los suelos de la erosión, etc.; orientación recogida por la actual Ley estatal de montes, citada, como ha puesto de relieve, en la doctrina, PÉREZ PÉREZ, E., *La propiedad ...*, pág. 424 y s, con cita en ese sentido de ESTEVE PARDO, J., en *Realidades y perspectivas de la ordenación jurídica de los montes (Función ecológica y explotación racional)*, Cívitas, Madrid, 1995, págs. 259 y ss. Con especial referencia al registro (Catálogo) de montes protectores, regulado en el art. 24 de la Ley 43/2003 (actualmente modificado por la Ley 10/2006).

La legislación autonómica ha desarrollado la regulación de los denominados montes protectores. Así, en Aragón, su Ley 15/2006, que regula su registro y la pérdida de la condición de monte protector (arts. 25 a 27); en Asturias, la Ley 3/2004, donde se regula la declaración de montes privados como “protectores” y su registro (arts. 14 a 16); en Castilla-La Mancha, la Ley 3/2008, que determina los supuestos en que podrán ser declarados “protectores” montes o terrenos forestales (artículo 18), así como su registro y el de montes “singulares” (artículo 20); en La Rioja, su Ley 2/1995 (arts. 18 y s); la Ley madrileña 16/1995 (arts. 14 a 18); y la Ley valenciana 3/1993 (arts. 11.2, 12 y 13). El interés o utilidad general que determinados montes o terrenos forestales tienen específicamente justifica y determina el que queden sujetos, a partir de su declaración y registro público, a un especial régimen de protección y vinculación pública, aun cuando sean de propiedad privada.

III. APROVECHAMIENTO, CONSERVACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS MONTES DE PROPIEDAD PARTICULAR

La dualidad tipológica que en el ordenamiento forestal supone la existencia de montes privados y no solo los de titularidad pública, hasta el punto de que la mayoría de la superficie forestal en España –dos tercios del total aproximadamente- está en manos de particulares, justifica no solo que el uso y aprovechamiento de aquéllos se realice por sus particulares dueños para atender a su privativo interés o utilidad, sino que también y por tratarse de una riqueza natural cuyos valores ecológicos, sociales y económicos trascienden de la mera utilidad particular, se considere que producen asimismo importantes beneficios para la sociedad, de donde su interés general. Es por esto por lo que el estatuto jurídico de los montes y de la riqueza forestal, si bien como no puede menos que reconocer al propietario particular su facultad de utilizar y aprovechar los recursos forestales del monte o terreno forestal del que es titular (artículos 33.1 CE y 348 CC), sin embargo también le sujeta al ejercicio de su derecho a determinadas condiciones y limitaciones jurídicas, en razón de esa diversidad de valores representados, en sus varias manifestaciones (sociales, ecológicas, etc), por el interés o utilidad general que para la sociedad tiene la riqueza forestal.

El estatuto jurídico de la propiedad *privada* forestal trata de *delimitar* por ello la función social que también ha de cumplir este derecho, en el ejercicio de las facultades integradas en su contenido (*ius utendi et fruendi*), de acuerdo con las leyes (artículo 33.2 CE), esto es, conforme a la legislación estatal y autonómica que integra y constituye el ordenamiento jurídico de este sector material, la cual ha de respetar el “contenido esencial” del propio derecho (artículo 53.1 CE) al regular el *ejercicio* de dichas facultades, que genéricamente engloba, respecto al tipo especial de propiedad que aquí se considera.

1. Los aprovechamientos forestales

La legislación forestal, estatal y autonómica, reconoce al titular del monte en todos los casos y, por ende, al propietario privado del monte, la facultad de aprovechamiento “de los recursos forestales producidos en su monte, incluidos frutos espontáneos”, conforme establece la Ley estatal 43/2003 (artículo 36.1) y la legislación de las Comunidades Autónomas. Los “aprovechamientos forestales” la propia Ley básica estatal los define, en su artículo 6,i), con específica referencia a “los maderables y leñosos, incluida la biomasa forestal”, así como respecto a otros tipos de aprovechamientos forestales, como los de “corcho, pastos, caza, frutos, hongos, plantas aromáticas y medicinales, productos agrícolas y los demás productos y servicios con valor de mercado característicos de los montes”.

Ahora bien, la utilización y aprovechamiento del monte privado por su titular propietario, viene legalmente sujeto a intervención pública – administrativa-, en determinados supuestos. Por lo pronto, el uso y aprovechamiento de un monte o terreno forestal ha de hacerse en consonancia con la naturaleza propia del mismo, por lo que el propietario no viene facultado a efectuar el cambio de *uso forestal* propio del monte sin la previa intervención o autorización administrativa que haga perder al monte su carácter de tal (artículos 6,1, y 40.1 de la Ley 43/2003)⁴¹⁹.

El aprovechamiento de los recursos forestales está sujeto en todos los montes –incluso los privados- al principio de su compatibilidad con la sostenibilidad (conservación) de éstos, a cuyo efecto tal aprovechamiento viene

⁴¹⁹ En caso de que exista *planeamiento urbanístico* que afecte a la calificación de terrenos forestales, en la tramitación de aquél se requiere legalmente informe de la Administración forestal competente, conforme establece la Ley 43/2003, en su art. 39. Como “suelo rural” o rústico y, en su caso, *protegido* o preservado de la acción urbanizadora (por los valores forestales existentes en el monte: art. 12.2,a LS-TR aprobado por el RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio), la ordenación territorial y urbanística –autonómica y municipal- lo clasifica como suelo “no urbanizable”, por lo que para que terrenos forestales sean susceptibles de urbanización no han de existir en ellos tales “valores” naturales (art. 12.2,b, LS-TR cit., y *a contrario* del apartado a, precedente). Así, la Ley catalana 6/1988 (art. 22) determina que los montes protectores han de clasificarse como suelo no urbanizable protegido; como en general, establece la legislación forestal y urbanística autonómica, que requiere para el *cambio de uso* de los montes, autorización de la Administración forestal, previo informe vinculante de la Administración ambiental (así, la Ley Foral Navarra 13/1990, art. 25; la Ley andaluza 2/1992, art.8; la Ley riojana 2/1995, art. 33.1, etc.). Sobre el uso urbanístico de montes o terrenos forestales, LÓPEZ RAMÓN, F., *ob. cit.*, pág. 90 y ss, donde se refiere a la difícil asimilación de los conceptos de “monte urbanizado” o de “urbanización forestal”, dados los presupuestos y requisitos legales para la desclasificación de un monte o terreno forestal como suelo no urbanizable, en caso de inexistencia o carencia – justificada- de valor forestal, como presupuesto de la urbanización; cosa distinta es que, excepcionalmente, por razón de utilidad pública o interés social se admitan –legalmente-determinados usos concretos y limitados del monte, como el sanatorio, el campamento, el hotel, la piscifactoría, etc., pero no con un proceso de urbanización).

sujeto legalmente a un “*plan de aprovechamiento*”, en el que ha de especificarse “la organización y medios a emplear, incluidas extracción y saca y, en su caso, las medidas para garantizar la sostenibilidad de acuerdo con las prácticas de buena gestión”, recogidos en la normativa autonómica y conforme a la legislación básica estatal⁴²⁰. La intervención administrativa autonómica, en caso de *aprovechamiento maderables y leñosos*, obliga en todo caso al titular de la explotación del monte, a *comunicar previamente* al órgano forestal de la CA el aprovechamiento que pretenda realizar conforme al correspondiente plan o proyecto, o bien, en caso de no existir dichos instrumentos de gestión, esa comunicación previa debe incluir un plan de aprovechamiento conforme a la normativa autonómica⁴²¹.

En caso de *aprovechamientos no maderables*, en especial el de *pastos*, la Ley 43/2003 establece –en su artículo 36.3- que deberán estar, en su caso, expresamente regulados en los correspondientes instrumentos de gestión o PORF en cuyo ámbito se encuentre el monte de que se trate.

La *legislación autonómica* en materia forestal distingue asimismo varias modalidades de aprovechamiento, atendiendo al producto forestal (maderas y leñas, pastos y otros tipos de aprovechamiento, como frutos, resinas, plantas aromáticas o medicinales, etc.).

⁴²⁰ Art. 6.j) Ley 43/2003. Los instrumentos o técnicas de gestión forestal son los “proyectos de ordenación de montes” –que define el mismo artículo legal, en su apartado n)-, los “planes desocráticos” o planes técnicos –que define en su apartado ñ)-, y regulados en el art. 33 de dicha Ley, u otras figuras equivalentes; así como –cuando existan- los “planes de ordenación de recursos forestales” (PORF), que compete aprobar a las CCAA, en el marco de ordenación del territorio respectivo, y conforme a lo que establece dicha Ley estatal básica (art. 31, en conexión a este respecto con el 36.2). Cuando exista un “plan de ordenación de recursos naturales” (PORN) u otro equivalente, que abarque el mismo territorio forestal, podrá tener el carácter de PORF, siempre que se cumpla lo que establece en el apartado 8 del citado art. 31 (sobre delimitación del territorio forestal, conforme al apartado 5, e informe favorable del órgano forestal autonómico).

⁴²¹ Art. 37 de la Ley 43/2003, cuyo texto literal dice lo siguiente: “Los aprovechamientos maderables y leñosos se regularán por el órgano forestal de la comunidad autónoma. En los montes no gestionados por dicho órgano forestal, estos aprovechamientos estarán sometidos a las siguientes condiciones básicas: a) Cuando exista proyecto de ordenación, plan dasocrático o instrumento de gestión equivalente, o el monte esté incluido en el ámbito de aplicación de un PORF y éste así lo prevea, el titular de la explotación del monte deberá notificar previamente el aprovechamiento al órgano forestal de la comunidad autónoma, al objeto de que éste pueda comprobar su conformidad con lo previsto en el instrumento de gestión o, en su caso, de planificación. La denegación o condicionamiento del aprovechamiento sólo podrá producirse en el plazo que determine la normativa autonómica mediante resolución motivada, entendiéndose aceptado caso de no recaer resolución expresa en dicho plazo. b) En caso de no existir dichos instrumentos, estos aprovechamientos requerirán autorización administrativa previa”.

- Así, respecto al aprovechamiento de maderas y productos leñosos, se parte por lo general, de la existencia de proyecto de ordenación o plan técnico (así, Ley andaluza 2/1992, arts. 63 y 64, y la Ley catalana 6/1988, art. 50, etc.), previéndose de no existir esos instrumentos, la necesidad de autorización autonómica conforme a un plan de aprovechamiento elaborado conforme a la regulación autonómica correspondiente.

- La ordenación de los pastos por lo general se remite a la potestad reglamentaria, en Cataluña (art. 48 de la Ley 6/88), La Rioja (art. 67 de la Ley 2/1995) y Navarra (art. 58 de la Ley Foral 13/1990).

- La regulación del aprovechamiento de otros productos forestales (frutos, setas, miel, etc.) también suele remitirse a los correspondientes reglamentos autonómicos, sin perjuicio de algunas reglas legales directamente aplicables. En Cataluña la Ley 6/1988 (art. 49.3) admite la posibilidad de que se sujeten a autorización administrativa si hubiere peligro para el equilibrio ecológico o se excedieran los límites cuantitativos fijados administrativamente.

Respecto a los usos recreativos de los montes suelen sujetarse también por la legislación forestal autonómica a posibles normas reglamentarias, sin perjuicio de que para su ejercicio se fijen condiciones por las leyes respectivas. Así, la Ley Foral navarra 13/1990 (art. 65), la Ley valenciana 3/1993 (art. 38), la Ley riojana 2/1995 (art. 76), donde se establecen determinadas limitaciones de las actividades recreativas en relación a los residuos, ruidos o peligros que generan⁴²².

Las Comunidades Autónomas cuyas Leyes forestales son posteriores a la Ley estatal 43/2003 (Aragón, Ley 15/2006; Castilla-La Mancha, Ley 3/2008; y Castilla y León, Ley 3/2009), las correspondientes regulaciones responden, en su desarrollo, a las determinaciones básicas contenidas en aquélla.

2. Conservación y mejora de montes

La conservación y mejora de terrenos forestales, dada la coexistencia de montes públicos y de montes privados, cuya respectiva titularidad dominical comporta en principio el respectivo deber de conservación de la finca o terreno, como contrapartida de su facultad de aprovechamiento: en el ámbito civil, en consecuencia, en caso de usufructo de un monte, las talas o cortas de arbolado deben hacerse por el usufructuario “de modo que no perjudiquen a la conservación de las fincas”, y en caso de corta de árboles por el pie viene aquél obligado a reponerlo o mejorar la cosa usufructuada (artículo 485, pfs 3 y 5, CC). La inicial preocupación económica y productiva de nuestra legislación forestal, respecto al aprovechamiento de madera –y de la cual es reflejo jurídico este precepto de nuestro ordenamiento civil-, ha evolucionado paulatinamente

⁴²² Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., *Principios de ...*, pág. 86 y s, donde se alude a los problemas ambientales que, en especial, genera el acceso y la circulación motorizada en los montes.

hasta llegar a englobar asimismo, entre las funciones de los montes, en general – y de modo primordial-, la de asegurar la conservación de los ecosistemas forestales; esto es, nuestro ordenamiento ha evolucionado para tener en cuenta hoy no solo los valores productivos y económicos, sino también los valores ambientales y sociales⁴²³.

Es por ello que, con independencia de la pertenencia pública o privada del monte, la legislación forestal básica del Estado contenida en la Ley 43/2003 dedica un título –el IV- a la regulación de la “conservación y protección de montes”, que incluye, además de la delimitación del uso forestal en el planeamiento urbanístico (para coordinarlo con éste y al que anteriormente se ha aludido), otras exigencias, como las relativas a conservación de suelos⁴²⁴, incendios forestales, para su prevención y extinción⁴²⁵; así como normas fitosanitarias (arts. 51 a 54), cuya ejecución y aplicación administrativa regula, y que se lleva a cabo mediante técnicas preventivas y de lucha contra plagas, estableciendo el deber de que los titulares de los montes comuniquen a la Administración autonómica la aparición atípica de agentes nocivos, conforme a la Ley 43/2002, de sanidad vegetal.

El carácter jurídico-administrativo de esta normativa, en cuanto regula actuaciones y servicios propios de la Administración –estatal y autonómica-, no empece sin embargo a que, bajo determinadas condiciones jurídicas y económicas, los particulares titulares de terrenos forestales puedan percibir determinadas ayudas públicas, para estimular o “fomentar” por razones de interés general (ambiental, económico, etc.), la realización por aquéllos de

⁴²³ Que recoge el principio de multifuncionalidad de los montes, que requiere el “cumplimiento equilibrado” de los valores ambientales, económicos y sociales de los montes (art. 3,b, de la Ley 43/2003). El mismo artículo legal, en su apartado f) acoge como principio el de “la conservación y restauración de la biodiversidad de los ecosistemas forestales”, que la propia Ley y la doctrina actual vincula al de función social de los montes (art. 4, pfo 1, Ley cit.). En la doctrina, E. PÉREZ, *La propiedad ...*, pág. 413 y s; LÓPEZ RAMÓN, F., *Principios de ...*, pág. 111 y ss. Asimismo, con referencia a la evolución histórica de la legislación forestal a partir del siglo XIX, en *Conservación y mejora de terrenos forestales. Régimen jurídico de las repoblaciones*, de PIZARRO NEVADO, R., Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 45 y ss.

⁴²⁴ Que incluye la lucha contra la erosión y la desertización, así como a este efecto la restauración hidrológica-forestal, mediante técnicas de planificación (Plan Nacional de Actuaciones Prioritarias de Restauración Hidrológico-Forestal, que regula el art. 41) y de modo más concreto la posibilidad de declaración de “interés general” –nacional- de las actuaciones de restauración hidrológico-forestal fuera del dominio público hidráulico (art. 42); funciones ambas atribuidas al Ministerio competente en materia de medio ambiente, en coordinación con la Administración forestal estatal y autonómica.

⁴²⁵ Arts. 43 a 50 Ley 43/2003. La restauración de terrenos forestales incendiados (art. 50) incluye la prohibición de cambio del uso forestal en caso de incendio, prohibición legal ésta que ha venido a reforzar la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, en su Disp. Adicional 6ª, que hoy reproduce el vigente TR aprobado por el RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

labores de mantenimiento, construcción de caminos forestales, reforestación, prevención de incendios, etc. Como es lógico, el otorgamiento de las ayudas públicas viene sujeto a la realización del plan o proyecto⁴²⁶ correspondiente.

3. Supuestos de figuras contractuales, con especial referencia a las que tienen por objeto la reforestación de montes de particulares. Tipos de contratos: Consorcios y convenios, con referencia al ordenamiento civil

La actual legislación básica de montes prevé la posibilidad de entablar relación contractual entre la Administración pública y el propietario (artículo 65.3,b, de la Ley 43/2003), para incentivar la conservación, restauración y mejora forestal, pero no ya tanto para la producción maderera cuanto para adoptar medidas específicas ecológicas y sociales (para la “conservación, restauración y mejora de la biodiversidad y del paisaje”, y para mitigar el cambio climático, mediante la fijación de dióxido de carbono en los montes), así como la conservación de suelos como medida contra la desertización (art. cit., apartado 2); lo que manifiesta la evolución de la legislación precedente (Ley de Montes de 1957 y Ley de Fomento de la Producción Forestal de 1977) a la política ambiental que explicita la legislación forestal vigente.

La derogación por la actual Ley estatal de montes, de la normativa precedente no incluye, sin embargo, las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las Leyes derogadas –lógicamente, en la medida en que se opongan a la nueva Ley, no en otro caso-, normas secundarias entre las que se

⁴²⁶ La *legislación básica* del Estado (que regula diversos incentivos económicos en los arts. 63 a 66 de la Ley 43/2003) regula las subvenciones, incentivos y créditos beneficiados, cuya aplicación a “montes ordenados” de propietarios privados admite, dando preferencia a los “montes protectores y los catalogados” y, en particular, a los situados en espacios naturales protegidos o en la Red Natura 2000 (art. 63.1), y especialmente respecto a “subvenciones” para actividades vinculadas a la gestión forestal sostenible” (arts. 64 y 65.3,a), así como otras ayudas o incentivos, incluso “inversiones directas por la Administración” (art. 65.3,c) y líneas de créditos bonificados para financiar las inversiones forestales” (art. 66). La *legislación comunitaria europea*, también tiene regímenes de ayuda, dentro de la Política Agraria Común (PAC), para estimular acciones de carácter forestal, en las que se solapan objetivos no estrictamente forestales, y en especial los medioambientales, entre cuyos objetivos figura el de conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, basada en el principio de cautela y de acción preventiva. Sobre esta materia, con especial referencia a la repoblación forestal, PIZARRO NEVADO, R., *Conservación y mejora ...*, pág. 244 y ss.

La gestión de las ayudas públicas corresponde en general a las Comunidades Autónomas, con independencia del origen de los fondos de que se nutran, por ser aquéllas competentes para la ejecución en materia de montes y aprovechamientos forestales. La *legislación autonómica*, por su parte, también fomenta esta materia: así, en Andalucía (arts. 70 a 73 de su Ley 2/1992), Aragón (arts. 105 y ss Ley 15/2006), Asturias (art. 72 Ley 3/2004), Castilla-La Mancha (arts. 76 a 79 Ley 3/2008), Castilla y León (arts. 99 y ss Ley 3/2009), Cataluña (arts. 64 y 65 Ley 6/1988), La Rioja (art. 77 y ss Ley 2/1995), Madrid (arts. 94 y 95 Ley 16/1995) y C. Valenciana (arts. 64 a 66 Ley 3/1993).

halla el Reglamento de la Ley de Montes precedente (1957), aprobado por Decreto de 22 de febrero de 1962, que regulaba con cierto detalle una serie de figuras contractuales de los cuales es especialmente característica la regulada en el régimen de las repoblaciones forestales “voluntarias”⁴²⁷.

En este supuesto legal, procedente pues de la legislación forestal anterior, el contrato se celebra entre la Administración pública y el propietario de un terreno forestal por el que ambos se consorcian y constituyen temporalmente un derecho real de vuelo que faculta a aquélla para poseer el monte particular, repoblarlo y aprovechar su arbolado, reservando al propietario el derecho a una participación en el valor neto de los productos que se obtengan. Este tipo de contrato se define como “consorcio” para la repoblación forestal, aunque no constituye una forma típica de organización administrativa de gestión personificada, sino un tipo de contrato especial, pero de carácter administrativo por razón de su objeto⁴²⁸. Otros supuestos de contratos –asimismo

⁴²⁷ Regulación reglamentaria ésta incluida en el régimen de las “agrupaciones forestales” (arts. 247 a 262 del Reglamento de 1962), “agrupaciones” que no dan lugar a una nueva finca, ya que el propietario de la finca agrupada continúa siendo dueño de su propia finca, y la agrupación se constituye para la repoblación forestal integral de montes, incluso de particulares. Se distingue entre agrupaciones “voluntarias” y “obligatorias”, y las primeras requieren, para llevar a cabo la repoblación, la “conformidad de los propietarios de fincas forestales que representen, por lo menos, el 60 por 100 del a superficie global de cada agrupación” (art. 248).

La Disposición adicional primera de la Ley 43/2003 establece que: “1. Los consorcios y convenios de repoblación amparados por la legislación que se deroga en la disposición derogatoria única de esta ley continuarán vigentes hasta la fecha de su finalización. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las comunidades autónomas podrán sustituir los consorcios y convenios de repoblación suscritos entre la Administración forestal y los propietarios de montes por otras figuras contractuales en las que no sería exigible una compensación económica a favor de la Administración o condonar su deuda, siempre que se cuente con el acuerdo de los propietarios y que concorra alguna de las siguientes condiciones: a) Los beneficios indirectos y el interés social que genere el mantenimiento de la cubierta vegetal superen los de las rentas directas del monte. b) El propietario del suelo se comprometa a conservar adecuadamente la masa forestal creada por aquellos consorcios o convenios mediante la aplicación de un instrumento de gestión. c) Aquellas otras que fije la comunidad autónoma.”

⁴²⁸ El Tribunal Supremo se ha referido a la noción del “servicio público”, en su acepción amplia, para referirse a la repoblación forestal, que desarrolla la Administración Forestal, y cuya prestación instrumenta mediante consorcios de naturaleza jurídica administrativa (S. de 21 de enero de 1997, FJ 1); reiterando con ello la S. de 25 de enero de 1974, la cual reconoce la naturaleza administrativa de estos contratos por afectar a obras o servicios públicos. Sobre el carácter administrativo de este tipo de contratos, también la S. TS de 20 de abril de 1991 (Arz. 3073). A ello se une la intervención en el contrato de una Administración pública, actuando en ejercicio de una actividad dentro de su competencia, “giro o tráfico administrativo” (art. 19.1,b, de la Ley de Contratos del Sector Público, TR aprobado por RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, antes art. 5.2,b, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Sobre la naturaleza de este tipo de “consorcios” o contratos –administrativa o ¿civil?-, *vid.* PIZARRO NEVADO, R., *Conservación y mejora ...*, pág. 295 y ss, donde asimismo se expone su régimen jurídico, así como el derecho real de vuelo constituido por el contrato o “consorcio” y que, a juicio del autor, presenta similitud con el derecho civil de superficie. GARCÍA DEL OLMO define

administrativos-, llamados “convenios” para la repoblación forestal tienen por objeto la cesión, temporal o definitiva, de los terrenos a la Administración Forestal, con o sin constitución de derechos reales, a cambio de una participación en los beneficios que se obtengan de las masas arbóreas creadas (artículo 283.2 del Reglamento de 1962; completado por Ley de Fomento de la Producción Vegetal de 1977, que regula especialmente los convenios para la producción de madera)⁴²⁹.

Supuesto diferente se da en el caso en que el propietario particular del monte o terreno forestal contrata la actuación reforestadora y/o la gestión del aprovechamiento, no con la Administración sino con otra persona o entidad privada. En este supuesto, y sin perjuicio de cumplir la normativa establecida por la legislación forestal al respecto, el contrato está sujeto al régimen del Derecho privado. El titular propietario particular tiene que cumplir los requisitos que la legislación imponga a la actuación de aprovechamiento forestal y de su gestión, pero en sí mismo el contrato tiene carácter civil, siendo por su objeto, un arrendamiento de obra o de servicios (artículo 1544 CC), viniendo obligado el dueño contratante a abonar al locatario contratista, un precio cierto, por ajuste o precio alzado (arts. 1588 a 1600 CC), adoptado como es lógico a las particularidades propias de la actuación repobladora y de la gestión, en su caso, del aprovechamiento de la masa forestal a realizar por el contratista-arrendatario.

Ahora bien, otro supuesto jurídico sería el que el dueño del monte o terreno forestal cediese temporalmente el uso y aprovechamiento de éste –no la

el derecho real de vuelo como el derecho a plantar y aprovechar árboles sobre una finca ajena, a título oneroso o gratuito, de acuerdo con unos determinados planes (tipos de plantación...) y pactos entre las partes, con una duración no perpetua, deviniendo su titular propietario de lo plantado hasta la extinción del derecho, gozando de la facultad de disposición (“Derecho real de vuelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los árboles respecto a la del fundo”, *Revista de Derecho Notarial*, LXVII, 1973, pág. 73). La nota más característica de este derecho real es la separación entre el dominio de lo plantado y el suelo en que se efectúa: el primero corresponde al titular de la superficie, y el segundo al concedente de la misma (PIZARRO NEVADO, R., *Conservación y mejora ...*, pág. 310).

A la agrupación de montes –públicos o privados-, con objeto de facilitar una ordenación y gestión integrada (art. 27 de la Ley 43/2003), se refiere PÉREZ, E., que define como situación jurídica compartida de carácter consorcial, en *La propiedad ...*, pág. 233 y ss.

⁴²⁹ PIZARRO NEVADO, R., *Conservación y mejora ...*, pág. 323 y ss, donde examina otras figuras contractuales cuyo objeto es la ejecución de trabajos forestales, la gestión por la Administración Forestal de la repoblación de montes, etc., así como referencia a la legislación autonómica, en líneas generales respetuosa con las figuras contractuales administrativas de la legislación estatal (págs. 336 y ss), así como de nuevas modalidades de contratos especiales, como los que tienen por objeto la repoblación forestal con especies de crecimiento rápido (en Castilla y León, Decreto autonómico 22/1992, de 13 de febrero), y los conciertos y convenios para la mejora del entorno natural y la regeneración ecológica-forestal (también en Castilla y León, Decreto 15/1988, de 28 de enero; y Murcia, Decreto 44/1989, de 11 de mayo).

gestión del aprovechamiento forestal-, a cambio de un precio o renta, en cuyo caso quedaría situado en el ámbito de aplicación de la legislación de arrendamientos rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, y del CC, arts. 1543 y 1546 a 1579)⁴³⁰. Y asimismo, en virtud de contrato civil *inter privatos*, un derecho real de vuelo –también denominado de superficie vegetal-: el derecho a plantar y explotar árboles sobre una finca forestal, con una duración determinada, y en virtud del cual, a cambio de un precio, el titular de este derecho adquiere la propiedad de lo plantado, sobre la que asimismo tiene facultad de disposición. Se disociaría así la propiedad de la finca forestal y la propiedad de lo plantado en ella, correspondiendo aquélla al superficiario y la segunda al dueño del suelo concedente de tal derecho real que gravaría la finca. El contrato civil en virtud del cual se constituyera este derecho real, de gravamen de la propiedad de una finca forestal, vendría a ser similar o análogo al de enfiteusis (arts. 1655 y 1656 CC).

En fin, otro tipo o supuesto de derecho real civil, limitativo del dominio de una finca forestal, lo regula explícitamente el propio Código Civil: nos referimos al llamado usufructo de montes, a que se hace especial referencia a continuación, aun cuando quede situado fuera del ámbito de supuestos vinculados a la reforestación.

4. El usufructo de montes

La transmisión del *ius utendi et fruendi* ínsito en la propiedad privada de un monte o terreno forestal mediante la contratación voluntaria de un derecho real limitativo del dominio, típico y característico –el usufructo-, ya lo sea por acto *inter vivos* a título oneroso o gratuito, o por testamento, conforme al Código Civil (artículos 467 a 469), también posibilita, como es sabido, que el propietario enajene, mediante contrato civil, la facultad de goce o disfrute a favor de otra persona, reservándose aquél la nuda propiedad (o a la inversa, en caso de enajenación de la nuda propiedad, manteniendo o reteniendo el usufructo)⁴³¹.

En especial, la regulación que el CC dedica al usufructo en determinados supuestos atendiendo al tipo de bien o cosa, para delimitar las facultades del usufructuario, incluye un precepto, el contenido en su artículo 485, sobre el que la doctrina civilista ha hecho determinadas precisiones, de la que se resalta un principio, el de conservación de la cosa, el monte, que enlaza con la función ecológica y la legislación ambiental, sobre la que también ha prestado especial

⁴³⁰ Sobre estos tipos de contrato, remitimos a su tratamiento, que en general hace la doctrina civilista. Vid. así DE PABLO CONTRERAS *et alii*, en su *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, 2008, Edit. Colex, pág. 213 y ss.

⁴³¹ Véase al respecto, asimismo, la exposición que sobre el usufructo hace PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en la obra citada en la nota anterior, capítulo 16 (en su nota 12).

atención la doctrina administrativista. Así, se ha considerado que, si bien en su párrafo 1, el artículo 485 CC atribuye al usufructuario, de modo general, todos los aprovechamientos que el monte produce “según su naturaleza” –leña, resina, piñas, bellotas, etc.-, sin embargo, y dado que existen diversos tipos de montes, su aprovechamiento vendrá determinado y condicionado según la clase o tipo de que se trate. Por lo tanto, el precepto civil distingue entre el “monte tallar o de maderas de construcción” (pfo 2), lo que implícitamente lo distingue de otros, los demás montes (que la expresión legal “en todo caso” del pfo 3 del precepto permite entender, para englobar a cualquier otro tipo que no sea “tallar o de maderas de construcción”⁴³², y que refuerza el pfo 5 y último del precepto legal).

Pues bien, el uso y aprovechamiento del “monte tallar o de maderas de construcción”, que el usufructuario podrá hacer, viene limitado según el precepto a las talas o cortas “ordinarias, que solía hacer el dueño, y en su defecto debe hacerlas acomodándose en el modo, porción y épocas, a la costumbre del lugar”⁴³³.

Ahora bien, sea cual fuere el tipo de monte –“en todo caso”, establece el pfo 3 del precepto civil-, el usufructuario debe hacer las talas o cortas “de modo que no perjudiquen a la *conservación* de la finca”; obligación o deber legal que, más allá de la relación jurídica *inter privatos* de que se trata, alcanza hoy a la función ecológica que asimismo ha de cumplir la propiedad forestal, y que inspira esencialmente, en esa misma línea, a la vigente legislación forestal, así estatal básica (arts. 36 y 37 de la Ley 43/2003) como autonómica, según más adelante se considera⁴³⁴.

⁴³² En este sentido, MALUQUER DE MOTES, C.J., en *Comentarios del Código Civil*, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I, págs. 1298 y ss, donde tras referirse al primer tipo de monte, es decir, al “tallar” –o monte nuevo que retoña o reproduce-, y al monte maderero o de “madera de construcción”, compuesto de grandes árboles, alude a todos los demás supuestos en que pueda hablarse de monte o bosque que no sea tallar ni maderable; y considera respecto a su aprovechamiento forestal que “la naturaleza o tipo de monte va a determinar su forma de uso y su conservación de la sustancia o identidad del mismo” (pág. 1300). *Vid.* asimismo DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A. en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edit. Revista de Derecho Privado (Edersa), tomo VII, vol. 1º, 1992, pág. 318 y ss.

⁴³³ Respecto a las talas ordinarias realizadas por el dueño, que lógicamente realizaba de modo que no perjudicara la naturaleza o sustancia de la cosa, suponiendo que nunca procedería a la tala del mismo de forma que el mismo no quedara perjudicado; habitualidad que respecto a la costumbre del lugar tampoco atentará contra la sustancia de la cosa, añadiendo que en esta idea de costumbre suele considerarse incluido lo que determinen los reglamentos forestales (MALUQUER DE MOTES, *ob. cit.* en la nota anterior, pág. 1300, donde se cita una sentencia del TS de 21 de noviembre de 1973, pese a la escasa jurisprudencia existente en esta materia). *Vid.* asimismo, la S. TS de 30 de septiembre de 1976. *Vid.* asimismo, DORAL GARCÍA, *ob. cit.* en la nota anterior, pág. 329 y s.

⁴³⁴ A la protección o tutela civil de los bosques, con especial relación al usufructo de montes, se refiere DE VICENTE DOMINGO, R., en su libro *Espacios Forestales (Su ordenación jurídica como*

IV. LÍMITES A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL PROPIETARIO: DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN CASO DE TRANSMISIÓN ONEROSA. SUPUESTOS DE TANTEO Y RETRACTO LEGAL

En ejercicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil (artículo 149.1,8º CE), la Ley 43/2003, regula en su artículo 25, como derecho de adquisición preferente de las Comunidades Autónomas en caso de transmisión onerosa: a) de montes de superficie superior al límite fijado por la CA correspondiente; y b) de montes clasificados como protectores (artículo 25.1); sin perjuicio de que en el caso de fincas o montes enclavados en un monte público o colindante con él, el derecho de adquisición preferente corresponda a la Administración titular del monte colindante o que contiene el enclavado⁴³⁵, que podrá ser como es lógico distinta de la autonómica (sea estatal, autonómica o local). Viene, pues, limitado el *ius disponendi* del particular propietario del monte o terreno forestal, en estos casos, al venir legalmente obligado a enajenarlo a la Administración, que viene facultada a adquirirlo, pagando el precio al propietario.

El ejercicio del derecho real de adquisición preferente se instrumenta, en estos supuestos, por la Ley estatal 43/2003 – y por la legislación autonómica⁴³⁶-, mediante la atribución a su titular administrativo de derechos de *tanteo y retracto*, ya que el transmitente del monte o terreno forestal viene obligado legalmente a comunicar de modo fehaciente a la Administración titular del derecho real de preferente adquisición, los datos referentes al precio y las características de la transmisión que se proyecte realizar; disponiendo aquélla de un plazo de tres meses para ejercer el derecho de tanteo, abonando o

recurso natural), Edit. Cívitas, 1995, págs. 64 a 67, donde dice, en resumen, que la legislación civil, al garantizar el principio *salva rerum substantia*, está en consonancia con el criterio constitucional de utilización racional de los recursos naturales (art. 45.2 CE).

⁴³⁵ Art. 25.2, que a continuación precisa que en el caso de montes colindantes con otros pertenecientes a distintas Administraciones públicas, tendrá prioridad en el ejercicio del derecho de adquisición preferente aquella cuyo monte tenga mayor linde común con el monte en cuestión.

⁴³⁶ Así, en Aragón, el art. 53 de la Ley 15/2006; en Castilla-La Mancha, el art. 23 de la Ley 3/2008, donde se fija el límite de superficie del monte que sea superior a 250 Has; en Castilla y León, el art. 30 de la Ley 3/2009, donde se fija el límite respecto a los montes de extensión superior a 150 Has y respecto a las fincas colindantes o separadas por distancias inferiores a 500 m. pertenecientes al mismo dueño, que en conjunto tengan una superficie superior a 150 has; y en la Comunidad Valenciana, el art. 40 de la Ley 3/1993, donde los derechos de tanteo y retracto sobre las enajenaciones onerosas de partes segregadas de fincas forestales se fija en una superficie igual o superior a 250 Has, y sobre fincas enclavadas o colindantes cualquiera que sea su extensión.

consignando su precio. En caso de que el transmitente omitiese la comunicación o notificación a que viene obligado por la Ley –o de alguna condición de la misma- sobre la enajenación proyectada, la Administración titular del derecho real de adquisición podrá ejercitar la correspondiente acción de retracto, en el plazo de un año, a contar desde la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, desde que la Administración hubiera tenido conocimiento oficial de las condiciones reales de la transmisión⁴³⁷.

Ni que decir tiene que el ejercicio del derecho de retracto se lleva a cabo mediante la interposición en la vía judicial ordinaria-civil, presentando la correspondiente demanda de retracto, que ha de decidirse en juicio ordinario (art. 249.1,7º LEC). Demanda de retracto que habrá de dirigirse contra el comprador y, en caso de que haya habido varias transmisiones, contra los sucesivos transmitentes (S. TS de 20 de junio de 1990); aunque no sea necesario que la acción se dirija contra el vendedor (S. TS de 27 de junio de 2000), éste podrá solicitar su intervención en el proceso.

V. FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD FORESTAL

La función social de los montes, en general, sean públicos o privados, responde a intereses públicos o generales, que de suyo han de cumplir los primeros, incluso por razón de su titularidad dominical, perteneciente a entes públicos –institucionalmente avocados a cumplir esos intereses y no solo objetivamente por razón de la materia-, sino también los montes de propiedad privada, en cuanto ésta también ha de atender legalmente determinados intereses generales en virtud de la función social que este derecho de propiedad privada ha de cumplir (artículo 33.2 CE)⁴³⁸. En el estatuto jurídico básico de los montes se predica por ello la función social de éstos “independientemente de su titularidad” (artículo 4.1 de la Ley estatal 43/2003), aunque presuponiendo como es lógico el derecho de propiedad privada respecto a los montes privados o de particulares, que vienen sujetos por ello también, *ratione materiae*, a determinados límites, limitaciones y deberes legales por causas de interés general, en cumplimiento de esa función social.

⁴³⁷ Art. 25.4 y 6 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre.

⁴³⁸ Sobre el fundamento y alcance de la función social de la propiedad privada, remitimos a lo expuesto *supra*, Capítulo Tercero, atendiendo como allí se dice al tipo de intereses y de bienes, que determina la diversificación de la función social, según la mayor o menor restricción que al interés o utilidad particular del propietario supone, según el régimen estatutario de determinados bienes, entre los cuales se halla el de los montes de particulares, que han de cumplir así también una determinada función social, “de acuerdo con las leyes” (art. 33.2, *in fine*, CE). Sobre este artículo constitucional, *vid.* asimismo lo dicho en el Capítulo Primero, apartado V.2.

Ahora bien, dentro de la función social de los montes, asimismo se incluye no solo su aprovechamiento como bien productivo, de cuya explotación se obtienen una serie de bienes (madera, corcho, resina, ...), sino también la exigencia de su conservación o mantenimiento como recurso natural y dados los valores ambientales que los montes integran. De donde la incorporación de la función ecológica de los mismos a la función social que cumplen, y que en términos de la Ley 43/2003 (artículo 4), incluyen los montes de modo “relevante, tanto como fuente de recursos naturales como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, entre ellos, de protección del suelo y del ciclo hidrológico, de fijación del carbono atmosférico, de depósito de la diversidad biológica y como elementos fundamentales del paisaje”. Y obliga al poder público –a las Administraciones públicas-, por ello, a velar por su “conservación, protección, restauración, mejora y ordenado aprovechamiento”.

La conexión de esta función ecológica (artículo 45.2 CE) a la función social de la propiedad (artículo 33.2 CE), hasta el punto de integrarla lógicamente en ésta –pese a fundamentarse en preceptos constitucionales diferentes-, pone de relieve que la conservación de los montes constituye un principio cardinal de nuestro ordenamiento que, por tratarse de un recurso natural, ha de ser preservado, incluso en el supuesto de pertenencia a propietarios particulares. Así lo ha explicitado la doctrina, que considera que esta conexión debe interpretarse de forma positiva, dirigiendo la conducta del titular hacia una utilización responsable de los recursos forestales, cuya función social demanda su conservación como reflejo del deber general contemplado en el artículo 45 CE⁴³⁹; ampliación del ámbito de la función social al de la conservación ambiental, que ya antes de la promulgación de la citada Ley estatal de 2003 en la materia, ha inspirado a la legislación forestal de las Comunidades Autónomas⁴⁴⁰.

En este sentido, tanto la normativa autonómica como la Ley estatal 43/2003, se inspiran en la tendencia que impone la primacía de conservación y mejora de los montes (sostenibilidad), al servicio de cuyo principio se instrumentan una serie de técnicas, como la planificación, la gestión forestal sostenible y la imposición de obligaciones de hacer a los propietarios de

⁴³⁹ Vid. PIZARRO NEVADO, R., *Conservación y mejora ...*, págs. 169 a 172, donde cita a otros autores –LEGUINA VILLA, DE VICENTE DOMINGO- en el mismo sentido, en los estudios asimismo citados *supra* en este Capítulo.

⁴⁴⁰ Así, la Ley andaluza 2/1992, en su art. 5; la Ley catalana 6/1988, art. 20; la Ley madrileña 16/1995 (art. 2); la Ley Foral navarra 13/1990, art. 6.2; la Ley riojana 2/1995, art. 2; y la Ley valenciana 3/1993, art. 20. Las Leyes forestales posteriores a la Ley estatal 43/2003 (Asturias, Castilla-La Mancha y Castilla y León) ya se inscriben en la política forestal conservacionista marcada básicamente por aquella. A la inversión de los papeles del Estado y de las Comunidades Autónomas, a este respecto, ocupando éstas el espacio de la legislación estatal, se ha referido DE VICENTE DOMINGO, *Espacios Forestales ...*, pág. 101.

terrenos forestales más allá de las tradicionales limitaciones técnicas que suponen asimismo una intervención pública -de la Administración- en la propiedad forestal, que se justifica en el *interés general* implicado en la materia.

1. La delimitación del contenido normal de la propiedad forestal mediante la planificación

A) Planificación forestal vinculada y coordinada con la planificación territorial

La flexibilización que del principio de reserva de ley hace nuestro ordenamiento constitucional para delimitar el contenido normal estatutario de la propiedad privada, respecto a la función social que este derecho ha de cumplir, bajo la fórmula “de acuerdo con las leyes” (artículo 33.2 CE), posibilita como es sabido que la ley que regule una materia, como la de que aquí se trata, remita a otros tipos normativos secundarios, como los reglamentos o los planes de naturaleza normativa, para regular dentro de los límites de la ley el *ejercicio* del derecho de propiedad privada, eso sí con el límite de respetar absolutamente el “contenido esencial” de este derecho (artículo 53.1 CE). La regulación general y abstracta que, hasta el límite de sus posibilidades, establece la ley a este respecto, requiere, dado el nivel de generalidad y abstracción que la misma tiene, de un nivel de desarrollo y concreción que, cuando se trata del aprovechamiento de suelos o terrenos -como hemos visto, respecto de la propiedad urbana- precisa de una ordenación detallada; desarrollo y concreción que precisamente suministra el planeamiento, que contribuye de este modo a delimitar también el contenido de la propiedad forestal, según su especial régimen estatutario.

Se ha dicho que el planeamiento administrativo racionaliza la intervención de los poderes públicos, así como permite coordinar la iniciativa y la acción privada en tanto que fija un marco de actuación que favorece la adopción de decisiones de los particulares en el sentido más conveniente no solo a su privativo interés, sino también para el interés general. Especialmente en el sector forestal, la planificación constituye un diagnóstico de la realidad forestal que al relacionarse con la estimación de las demandas futuras, los costes de los programas que pretendan desarrollarse y sus posibilidades de financiación permite -se ha dicho- diseñar una política forestal adecuada y realista⁴⁴¹.

⁴⁴¹ PIZARRO NEVADO, R., *Conservación y mejora ...*, pág. 184 y ss. El recurso a la planificación para delimitar el contenido de la propiedad forestal -dice más adelante (pág. 186 y s)-, junto a la fijación legal de criterios, parece la solución más acertada, puesto que proporciona la flexibilidad suficiente para atender a las circunstancias concretas de cada territorio al tiempo que se garantiza la participación de los afectados y mayores garantías formales. Además, en aspectos donde la discrecionalidad administrativa es tan grande, la planificación es el único sistema para reducirla.

Bajo estas premisas, la Ley estatal 43/2003 constata la necesidad de la planificación forestal a escala nacional, regulando la Estrategia Forestal Española (artículo 29) y el Plan Forestal Español (artículo 30), para instrumentar la política forestal española y su desarrollo a largo plazo. Ahora bien, mayor operatividad tienen en la planificación forestal los llamados Planes de Ordenación de los Recursos Forestales (PORF), regulados en el artículo 31, y que se configuran como instrumentos de ámbito comarcal o equivalente e integrados *en el marco de la ordenación del territorio*; con lo que la planificación forestal se conecta con la ordenación territorial en el ámbito autonómico (directrices y planes de ordenación territorial) e incluye medidas de protección de la naturaleza. Ahora bien, mientras que la ordenación del territorio tiene normalmente carácter integral, la legislación autonómica prevé, sin embargo, la posibilidad de planes y directrices sectoriales, en las que podrían incluirse planes forestales, por lo que se plantearía la cuestión de si éstos habrían de ser los PORF, como parece lógico, dados los múltiples aspectos y funciones de los montes (no sólo económicos y productivos, también sociales y ambientales). Mayor problemática suscita a este respecto su relación con los planes de ordenación de recursos naturales (PORN), que hoy regula la Ley estatal 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y biodiversidad (artículos 15 a 23), dada la función básicamente ambiental que desde la perspectiva ecológica contempla este tipo de planes, sin perjuicio de su relación –prevalente– respecto de la ordenación territorial. Pese a ello, la Ley 43/2003 no se limita a establecer la prevalencia del PORN sobre la planificación forestal, sino que, en caso de que exista aquel tipo de plan de recursos naturales en el mismo ámbito territorial, admite la posibilidad de que éste tenga el carácter de PORF, pero siempre que cuente con la conformidad de la Administración forestal (mediante “informe favorable –dice– del órgano forestal, cuando éste sea distinto del órgano que apruebe el PORN”: artículo 31.8 de la Ley 43/2003).

En cualquier caso, la legislación de las Comunidades Autónomas ha regulado la planificación del sector forestal. Algunas de ellas, como Cataluña, Madrid y Valencia, regulan una planificación forestal general de las respectivas comunidades: en Cataluña, la Ley 6/1998 regula el Plan General de Política Forestal y los Planes de Producción Forestal (artículo 6), de las cuales al primero corresponde “realizar una política forestal integral”, clasificando los terrenos forestales y determinando su uso (artículo 7.1), mientras que al segundo tipo de planes corresponde establecer las “líneas básicas para mejorar la gestión de los bosques y pastos de conformidad con el Plan General” (artículo 9.1). En la Comunidad Valenciana la Ley 3/1993 (artículo 20); y en la de Madrid, su Ley 16/1995 (artículos 27 y 28) regula el Plan Forestal de Madrid, configurado como “instrumento fundamental para el diseño y ejecución de la política forestal y de la conservación de la naturaleza” en el ámbito territorial de la Comunidad madrileña, correspondiendo al Plan la delimitación de Comarcas Forestales,

para las que podrán aprobarse los correspondientes Planes Forestales de desarrollo de aquél en cada una de las comarcas.

En Comunidades Autónomas cuya legislación es posterior a la Ley estatal 43/2003, la planificación forestal responde por lo general al tipo de plan que esa Ley regula en su artículo 31, esto es, el Plan de Ordenación de Recursos Forestales (PORF). Así sucede en Castilla-La Mancha (artículo 29 de la Ley 3/2008) y en Castilla y León (artículo 35 de la Ley 3/2009), si bien sujetos a la planificación forestal del ámbito de las respectivas regiones. En Asturias, la Ley 3/2004 extiende el ámbito territorial del PORF al del Principado de Asturias (artículo 28), que se divide en comarcas forestales, con sus correspondientes planes forestales (arts. 32 y 33).

Modelo distinto de planificación de los montes es el seguido por Andalucía, cuya Ley 2/1992 vincula la ordenación forestal a la de los denominados Planes de Ordenación de Recursos Naturales, que pueden ser territoriales –con un territorio definido por sus características físicas, ecológicas y económicas- o especiales, para solucionar problemas de determinados recursos naturales, aunque el territorio sea discontinuo (arts. 11 y s). Parece que estos llamados PORN estarían incluidos en principio en el supuesto del artículo 31.8 de la Ley estatal 43/2003, sin perjuicio de su adaptación a lo que básicamente establece esta Ley.

En suma, pues, la planificación forestal de las anteriores Comunidades Autónomas cuenta con una regulación de esta técnica de ordenación de montes, que comprende además de los PORF o PORN en su caso, de ámbito comarcal, de un planeamiento forestal general aplicable a todo el territorio autonómico (Cataluña, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, Principado de Asturias, Comunidad Valenciana), expresivo de la política forestal de la correspondiente Comunidad autónoma. La falta de tipicidad de estas modalidades de planes forestales generales en la Ley 43/2003 no es óbice, a nuestro parecer, a su cobertura jurídica en el título competencial de ordenación del territorio, asumido en general por todas ellas, en sus respectivos Estatutos de Autonomía; título competencial a cuyo amparo podrán aprobar aquéllos otras Comunidades, pese a carecer de Ley Forestal, como instrumentos de ordenación territorial (Directrices, Planes)⁴⁴², así como PORF, de ámbito

⁴⁴² Así, en la *Región de Murcia*, con competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de montes, aprovechamientos forestales, pastos y espacios naturales protegidos (art. 11.2 de su Estatuto de Autonomía), pese a carecer de ley reguladora del sector forestal, parece indudable que, de conformidad con su Ley del Suelo (TR aprobado por el D. Legislativo 1/2005, de 10 de junio), hay en ella instrumentos de ordenación territorial que permiten planificar un ámbito determinado del territorio a un sector específico de suelo, mediante directrices (arts. 20 y s) y Planes de Ordenación Territorial (arts. 24, 25 y 26); así como medioambientales, conforme a la Ley autonómica 4/2009, de 14 de mayo, en conexión con la Ley estatal 9/2006, de 28 de abril, ya que aun cuando aquélla no contiene expresa referencia a los instrumentos de ordenación territorial, en su anexo IV, respecto a la “evaluación ambiental estratégica”, sino sólo a los instrumentos de planeamiento urbanístico, no obstante parece indudable la sujeción de aquéllos

comarcal, como instrumentos específicos de planificación en esta materia conforme a la Ley estatal de Montes (artículo 31), supuesto que también sitúa estos planes en el marco de la ordenación del territorio.

B) *Planificación específica de la gestión de aprovechamientos forestales*

La planificación del sector forestal, que según lo dicho contempla los montes no solo como bienes con un valor económico, en cuanto susceptibles de explotación o aprovechamiento, sino también como un recurso natural susceptible de usos diversos (sociales, ambientales), ha de complementarse con el denominado *planeamiento dasocrático*, tradicionalmente referido a la concreta *gestión de los aprovechamientos forestales*, con la finalidad de que su utilización y explotación se realizase –y se realice- de modo racional. Se sitúan aquí los tradicionales “proyectos de ordenación económica” y los llamados “planes dasocráticos” o técnicos, regulados por la legislación forestal precedente y a los cuales se refiere la vigente Ley estatal 43/2003, en su artículo 33⁴⁴³, y en la medida que no la contradigan o se opongan a ella, en el Reglamento de montes de 22 de febrero de 1962⁴⁴⁴.

Ahora bien, la planificación de los aprovechamientos forestales, mediante estos proyectos de ordenación, plan dasocrático u otros instrumentos de gestión equivalente –cuya elaboración se hace a instancia del titular del monte, pero que en todo caso han de ser aprobados por la Administración forestal (autonómica)-, cuando se trata de montes privados este tipo de planificación se requiere en caso de que sean catalogados o protectores⁴⁴⁵; y en caso de aprovechamientos no maderables, y en particular de pastos, deben estar en su caso regulados expresamente en el correspondiente instrumento de gestión forestal o PORF en cuyo ámbito se encuentre el monte (artículo 36.3). Respecto a

a la Ley estatal 9/2006 (art. 2,a, d y e, específicamente). Sobre esta cuestión, LÓPEZ CÁNOVAS, Á., “La evaluación ambiental de planes, programas y proyectos de ordenación territorial y urbanística en la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental de la Región de Murcia”, en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, nº 42 (2009), especialmente págs. 22 y s, y 29 y s (estas últimas respecto a la “evaluación de repercusiones” a la Red Ecológica Europea Natura 2000).

⁴⁴³ La propia Ley estatal, en su artículo 6, contiene una definición de los “instrumentos de gestión forestal” (apartado m) y en especial del “proyecto de ordenación de montes” (n) y de “plan dasocrático o plan técnico” (ñ), a que se ha hecho referencia *supra* (nota 420).

⁴⁴⁴ Disp. Derogatoria única, 2, de la Ley estatal 43/2003, según la cual “las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de los textos derogados [entre ellos, la Ley de Montes de 1957 ...], continuarán vigentes en tanto no se opongan a lo previsto en esta Ley, hasta la entrada en vigor de las normas que pueden dictarse en su desarrollo”.

⁴⁴⁵ Art. 31 de la Ley 43/2003. El Reglamento de Montes de 1962 establece que los montes protectores han de ajustar su aprovechamiento a planes técnicos (arts. 30.3).

los aprovechamientos maderables y leñosos de montes particulares, por lo general no se requiere en cambio la existencia de plan de gestión, sin perjuicio de que cuando no existiere plan el titular de la explotación forestal deba comunicar a la Administración autonómica, antes de realizar el aprovechamiento, el proyecto de éste para su autorización administrativa⁴⁴⁶, que el Reglamento de 1962 (art. 229) denomina la licencia de corta.

Ni que decir tiene que, en cualquier caso, el aprovechamiento forestal debe realizarse por el dueño o titular de la explotación conforme con el correspondiente plan o proyecto aprobado o, en su caso, autorización de la Administración forestal (autonómica), fijando las condiciones técnicas del aprovechamiento. Se trata, pues, de una actuación reglada y técnica de aquélla. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 3^a) ha declarado que la licencia de corta y su denegación motivada no vulneran el derecho de propiedad, pues “como derecho limitado que es debe atemperarse a lo dispuesto en las leyes vigentes” (sentencias de 19 de noviembre de 1997, Arz. 8542, y de 27 de mayo de 1998, Arz. 4490).

Este tipo de técnicas de planificación y de constatación reglada de los aprovechamientos forestales particulares suponen, pues, una intervención administrativa preventiva de la explotación racional de estos recursos naturales. Ya la legislación forestal precedente sujetaba el aprovechamiento forestal a los límites que permiten la conservación y mejora de los montes (art. 29 del Reglamento de 1962), que bajo el principio de “gestión forestal sostenible” recoge básicamente y con mayor amplitud la Ley 43/2003 (artículos 3,a; y 6,e) y que, conforme a este principio, explicita la regulación de unos instrumentos jurídicos, como los señalados, condicionantes de los aprovechamientos forestales.

Las técnicas de aprovechamiento reguladas básicamente por la legislación forestal del Estado han de ser completadas en su desarrollo en la *legislación autonómica*. En general, las Comunidades Autónomas que han legislado en la materia, sujetan los aprovechamientos de recursos forestales a los correspondientes proyectos de ordenación o planes técnicos, tradicionalmente regulados en nuestro ordenamiento forestal; así en las Comunidades que han legislado con posterioridad a la vigente Ley estatal de 2003 (Aragón, Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León), como en las que ya lo hicieron antes (Andalucía, Cataluña, La Rioja, Madrid, Navarra y Valenciana), en éstas dado que se trata de instrumentos jurídico-técnicos que ya regulaba la legislación estatal precedente y que este último grupo de Comunidades Autónomas lógicamente hubo de tener en cuenta. En todo caso, no solo se tiene presente

⁴⁴⁶ *Vid.* el art. 37 de la Ley 43/2003, especialmente su apartado b). A diferencia de los montes públicos, que sí deben contar con un plan de gestión de aprovechamiento, salvo los montes de superficie inferior a la mínima que determine la legislación de la Comunidad Autónoma (*vid.* el art. 33.2 de la Ley citada).

según lo dicho el aspecto económico de la explotación de los recursos forestales, sino también los aspectos ambientales y sociales, culturales y recreativos. También es lógico que las regulaciones autonómicas que desarrollan la normativa estatal básica establecida por la Ley 43/2003 –esto es, el primer grupo de CCAA indicado-, además de contener explícitas referencias a ella, asimismo contienen una más detallada y precisa regulación de tales instrumentos de gestión forestal⁴⁴⁷.

Por lo demás, es significativo que, en especial, el aprovechamiento de los montes catalogados y los protectores –no solo públicos, también privados-, según la legislación forestal de determinadas Comunidades Autónomas (La Rioja, Ley 2/1995, arts. 64.1; Madrid, Ley 16/1995, art. 81; y Asturias, Ley 3/2004, art. 37), se regula un “plan anual de aprovechamientos”, elaborado y aprobado por la Administración respectiva y a cuya inclusión se subordina legalmente la ejecución o realización efectiva de los aprovechamientos en los montes así clasificados.

En todo caso, la gestión del aprovechamiento de los montes privados debe cumplir las condiciones fijadas por el correspondiente instrumento de planificación y gestión forestal, de conformidad con lo que establece básicamente la vigente Ley estatal de Montes (artículo 23.3 Ley 43/2003).

2. Limitaciones y obligaciones *in faciendo*

Además de la delimitación que, por razones de utilidad general o pública y de acuerdo con la ley y la planificación forestal, han de cumplir los montes, con independencia de su titularidad, sea ésta pública o privada –de donde la función social que asimismo han de cumplir los montes privados-, también el interés general determina y justifica la imposición legal y administrativa de determinadas limitaciones e incluso, en sentido positivo, de obligaciones de hacer dirigidas a los propietarios de montes particulares.

Entre las actuaciones de carácter obligatorio para los titulares de terrenos forestales se incluyen la de cumplir las instrucciones de la Administración forestal referentes a la conservación de suelos, realizar los tratamientos

⁴⁴⁷ Así, en Aragón, la Ley 15/2006 (arts. 63 a 65), en Asturias la Ley 3/2004 (arts. 34 y ss), en Castilla-La Mancha la Ley 3/2008 (arts. 30 y ss), y en Castilla y León su Ley 3/2009 (arts. 36 y ss). En las CCAA cuya legislación forestal data antes de 2003, la Ley andaluza presupone el tipo de planes de gestión forestal regulados en la Ley de Montes de 1957 y su Reglamento de 1962, al limitarse a aludir a los “Proyectos de Ordenación de Montes” y a los “Planes Técnicos”, al regular los usos y aprovechamientos del monte, en sus arts. 62 a 66; en Cataluña, *vid.* su Ley 6/1988 (arts. 47 a 59); en La Rioja, la Ley 2/1995 (arts. 63 a 67); en Madrid, la Ley 16/1995 (art. 75); en Navarra, la Ley Foral 13/1990; y en la Comunidad Valenciana, la Ley 3/1993 (art. 31) que presupone los aprovechamientos que se efectúan conforme a instrumentos de gestión, que lógicamente son los regulados por la legislación estatal, aunque los arts. 25 y 26 también aluden a Programas de Gestión y Mejora Forestal.

fitosanitarios que ordene la Administración para la lucha contra plagas y enfermedades forestales, realizar obras de prevención y extinción de incendios, la imposición del deber de reforestar o repoblar determinados espacios de interés forestal, en montes protectores y en zonas declaradas asimismo como protectoras, y en zonas de restauración forestal e hidrológica; en fin, una serie de actuaciones y operaciones que la Administración forestal puede exigir de modo obligatorio a los propietarios de terrenos forestales y que, en cuanto suponen limitaciones del derecho de propiedad, han de contar con la necesaria cobertura jurídica, “de acuerdo con la ley”, en ésta y de modo complementario, en su caso, en la planificación forestal (PORF o PORN, etc.)⁴⁴⁸.

Por lo demás, la utilidad general de determinadas actuaciones vinculadas a la ordenación y la gestión forestal sostenible, determina y justifica el otorgamiento bajo determinadas condiciones, de ayudas económicas por la Administración (subvenciones, incentivos, créditos bonificados), a los propietarios privados de montes “ordenados”, esto es, que tengan un instrumento de gestión forestal vigente –proyecto de ordenación, plan dasocrático o técnico-, o, aún cuando carezcan de estos instrumentos, se hallen incluidos en un PORF en que se habilite la actuación⁴⁴⁹ que a la Administración forestal interese fomentar en razón de su interés general.

⁴⁴⁸ En la básica legislación estatal, además del precepto relativo a la función social de los montes (art. 4 de la Ley 43/2003) existen otras determinaciones normativas referentes al interés general de supuestos de actuaciones administrativas que pueden afectar a montes particulares, como los de restauración hidrológico-forestal fuera del dominio público (art. 42) y la prevención y extinción de incendios forestales (arts. 43 y ss, de la propia Ley, modificada 10/2006). En la *legislación autonómica* también se regulan actuaciones de carácter obligatorio para los particulares en esta materia, de modo general, como en Andalucía (art. 44.1 de la Ley 2/1992) y la Comunidad Valenciana (art. 49 de la Ley 3/1993), y en especial respecto a determinados supuestos, como la exigencia de compensar disminuciones de suelo forestal por roturaciones (Ley Foral navarra 13/1990, art. 30.3), el deber de invertir al menos el 15 por 100 del importe de los aprovechamientos en la ordenación y mejora de las masas forestales (art. 36 de la Ley valenciana 3/1993), entre otras. *Vid.* DE VICENTE DOMINGO, R., *Espacios Forestales ...*, pág. 120 y s. Asimismo, con referencia a la propiedad forestal privada, en “El estatuto jurídico de la propiedad forestal privada”, de E. RIVERO ISERN y A. SÁNCHEZ BLANCO, cit., pág. 35 y ss.

⁴⁴⁹ Arts. 63 a 66 de la Ley estatal 43/2003. El primero de ellos establece que tendrán preferencia en el otorgamiento de estas ayudas públicas los montes protectores –y los catalogados- y, en particular los situados en espacios naturales protegidos o en la Red Natura 2000 (art. 63.1); así como los montes situados en zona de alto riesgo de incendio con un plan de defensa vigente, para acceder a subvenciones para actuaciones que tengan por objeto la prevención contra incendios forestales (art. 63.3). La Disp. Transitoria tercera de la misma Ley establece, respecto de los montes no ordenados, el plazo de 10 años para poder acogerse a estos incentivos, pasado cuyo plazo se aplicará el régimen general del art. 63.2. En la *legislación autonómica*, *vid.* el artículo 71 de la Ley andaluza 2/1992, el art. 65 de la Ley catalana 6/1988, los arts. 105 y s de la Ley aragonesa 15/2006, los arts. 76 a 79 de la Ley castellano-manchega 3/2008, los arts. 99 y ss de la Ley castellano y leonesa 3/2009, el art. 80 de la Ley riojana 2/1995, los arts. 94 y s de la Ley madrileña 16/1995, y los arts. 64 y s de la Ley valenciana 3/1993.

VI. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE MONTES O FINCAS FORESTALES PRIVADAS Y DE DERECHOS REALES

La inscripción de montes y fincas forestales, en cuanto fincas de naturaleza rústica, ha de contener y expresar las “circunstancias” que determina de modo general para las llamadas inscripciones extensas, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y el 51 de su Reglamento, esto es, además de expresar dicha naturaleza, su situación y linderos –o los que afecten al derecho que haya de inscribirse- (así, el derecho de vuelo y de usufructo de montes), persona a cuyo favor haya de hacerse la inscripción, etc; debiendo tenerse en cuenta, en caso de segregación de montes o terrenos forestales, la prohibición de dividir o segregar éstos cuando la parcela forestal resultante tenga una superficie inferior al mínimo establecido por la legislación autonómica, conforme a lo que establece la Ley estatal 43/2003, en su artículo 26, en conexión con la Ley de Suelo-TR de 2008 (artículo 17.2), que contiene la misma prohibición, si bien con mayor amplitud, puesto que incluye -al remitir a la legislación aplicable-, no solo las normas sobre parcelas mínimas respecto a las parcelas urbanas, sino también a las rústicas (agrarias y forestales).

Ahora bien, la legislación forestal estatal contiene determinadas particularidades respecto a la inscripción de fincas forestales en determinados supuestos. Así, en caso de inscripción del derecho de vuelo adquirido en caso de consorcio constituido para la repoblación forestal, sea ésta voluntaria u obligatoria, su inscripción en el Registro de la Propiedad requiere hacer constar en ella las bases del consorcio y la extensión del derecho real que constituya (artículo 290.1 del Reglamento de Montes)⁴⁵⁰.

De otra parte, en caso de inmatriculación o inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad de un monte o finca privada que esté en situación de colindancia respecto a un monte de dominio público situado en un término municipal en el que existan montes demaniales, la Ley 43/2003, en su artículo 22, establece la necesidad de que se tramite, antes de practicar el asiento registral, un expediente, en el cual, a solicitud del Registrador de la Propiedad, ha de emitir informe la Administración titular del monte, que sólo en el caso de

⁴⁵⁰ El art. 290 de este Reglamento –aplicable conforme a la Disp. Derogatoria única,2, de la Ley estatal 43/2003- contiene reglas especiales para aquellos supuestos en que la finca no se halle inscrita o lo estuviera a nombre de otra persona, en cuyo caso procederá la rectificación de estas situaciones conforme a la legislación hipotecaria (cfr. art. 290.2, en relación con el 312 del citado Reglamento; y el 290.3) y, a continuación procedería inscribir el derecho real que se constituya. La falta de inscripción liberaría a un tercero adquirente de las obligaciones asumidas en el consorcio (S. TS de 16 de junio de 1984, FJ 2) (PIZARRO NEVADO, R., *Conservación y mejora ...*, pág. 306).

que fuere “favorable” a la inscripción⁴⁵¹, permitirá que ésta se practique; pero *a contrario sensu*, cuando no sea favorable, por las razones que dicho informe explicita en su caso, el Registrador denegaría la inscripción, procediendo conforme a lo que la legislación hipotecaria establece.⁴⁵²

VI. RECAPITULACIÓN

La tradicional consideración de los montes como una materia sujeta a un régimen jurídico especial, por hallarse en buena medida aquéllos publicados, y dada su consideración de recurso natural, además producir múltiples beneficios a la comunidad social, determina y justifica la calificación como dominio público de gran parte de ellos. El derecho de propiedad privada está también presente, sin embargo, en esta materia y constituye la base y fundamento de una parte muy significativa de este tipo de bienes en nuestro ordenamiento, que modula como se ha visto el ejercicio de la utilización y aprovechamiento de los montes y terrenos forestales privados –el *ius utendi et fruendi* propios del dueño-, en razón de los intereses colectivos o generales determinantes de una fuerte presencia de la función social, condicionante del ejercicio de esas facultades por el titular propietario, conforme al estatuto específico de este otro tipo de dominio.

La delimitación jurídica del concepto de monte, común a los montes públicos y a los privados, y por ende de esta tipología, incluye una especial referencia a los denominados montes “protectores”, cuya su conservación demanda una mayor “protección” por razón de interés público, de donde su calificación como tales formalmente por la Administración forestal (autonómica), en determinados supuestos definidos legalmente (artículo 23 de la Ley estatal 43/2003, reforma de 2006, y legislación autonómica de desarrollo cit.). Bajo estos presupuestos conceptuales y tipológicos, que delimitan a los montes privados y, en su caso, a los calificados como protectores, el titular dominical se ve limitado sobre todo en cuanto al destino –forestal- del terreno, cuyo aprovechamiento sea maderable o de otro tipo, viene vinculado por la normativa del propio sector, de manera que se posibilite su conservación (sostenibilidad) y protección (especialmente de sus valores ecológicos y sociales).

⁴⁵¹ El informe se entenderá favorable si desde su solicitud por el Registrador transcurriere el plazo de tres meses sin que haya recibido contestación. La nota marginal de presentación tiene legalmente una validez de cuatro meses, conforme establece el art. 22.2 de la Ley 43/2003.

⁴⁵² *Vid.* el art. 253.3 de la Ley Hipotecaria, en conexión con el art. 333.3 y 4 de su Reglamento. La expresión de los motivos de la denegación ha de hacerse en nota de calificación (arts. 18 y 65 de la LH), sin perjuicio de hacer constar asimismo los recursos procedentes contra la calificación del registrador, que han de expresarse al pie del título cuya inscripción se deniegue.

Las relaciones jurídicas contractuales entre el particular propietario y otras personas físicas o jurídicas privadas, con objeto de llevar a cabo determinadas actuaciones –gestión del aprovechamiento, reforestación- tienen carácter civil (arrendamiento de servicios o de obra, según el CC, artículo 1544), sin perjuicio de la posibilidad de constituir la cesión temporal del uso y aprovechamiento o bien de constituir un derecho real de vuelo, a cambio de un precio, o bien de usufructo conforme al propio CC (artículo 485 y concordantes). También, por otra parte, puede venir limitado el *ius disponendi* del propietario de un monte o terreno forestal, por derechos reales de adquisición preferente, puesto que la ley atribuye en determinados supuestos legales, derechos de tanteo y retracto, a favor de la Administración pública.

La función social de la propiedad forestal se instrumenta, respecto a los montes privados, y “de acuerdo con las leyes” (según la flexible fórmula del artículo 33.2 CE), ante todo mediante la planificación forestal, que contribuye a delimitar esa función social, respecto del contenido de ese derecho, aplicando concretamente una serie de figuras de planes (de ordenación de los recursos forestales o PORF, así como de gestión de los aprovechamientos, planes desocráticos o técnicos, proyectos de ordenación, etc.); planificación forestal que ha de coordinarse con la de ordenación del territorio autonómico, regulada por la legislación del suelo, así como con la planificación ambiental, especialmente en el caso de los planes de ordenación de recursos naturales –PORN-, dada la prevalencia de este último tipo de planes respecto a los anteriores. También comprende, en su instrumentación jurídica, la función social, la imposición de limitaciones y obligaciones *in faciendo*, que incluye la imposición administrativa en materia de conservación de suelos forestales, la realización de tratamientos fitosanitarios contra plagas y enfermedades forestales, realizar obras de prevención y extinción de incendios, reforestar determinados espacios forestales, etc.; sin perjuicio de que, correlativamente, la Administración forestal otorgue de modo condicionado determinadas ayudas, como subvenciones y otros incentivos, en razón del interés general implicado en esta materia.

CONCLUSIONES

De la diversidad de cuestiones abordadas y analizadas en los capítulos que preceden, respecto al derecho de propiedad privada sobre bienes inmuebles, en general y en particular sobre específicos regímenes jurídicos o estatutos de la propiedad urbana y la propiedad rústica –agraria y forestal-, cabe deducir una serie de conclusiones relativas, de modo general, a la significación que ese tipo de derecho patrimonial tiene en nuestro ordenamiento, y de modo especial, a la incidencia que en el mismo tienen las distintas regulaciones “estatutarias” y la función social que éstas establecen atendiendo a los tipos de bienes inmuebles que constituyen su objeto.

I. CONCLUSIONES GENERALES

Primera. Bases históricas y constitucionales del derecho a (y de) la propiedad privada

La propiedad privada, estrechamente vinculada a la existencia humana por la inclinación natural de la persona a apropiarse de cosas para poder atender a sus necesidades (actuales e incluso futuras), es por ello, se ha dicho, tan antigua como el mundo, aunque fuese el genio jurídico romano el que la configurara como el más amplio poder jurídico de una persona sobre una cosa (*plena in re potestas*). Se nos ofrece así el fundamento y raíz de la propiedad privada como institución y como tipo de derecho patrimonial, en cuanto permite la apropiación personal de cosas para poder atender necesidades individuales y colectivas, y cuyo poder regula el Derecho facultando al propietario para usar aquéllas, aprovecharlas y disponer de ellas. Dimensión jurídica ésta, formulada por el Derecho romano, que aún hoy es la inspiradora de los ordenamientos jurídicos de Occidente y en éstos del nuestro (art. 348, pfo 1, CC), y que nuestra actual Constitución “reconoce” (art. 33.1) “el derecho a la propiedad privada” y, por lo tanto, del derecho “de” propiedad adquirido conforme a Derecho.

Este reconocimiento constitucional supone que la propiedad privada, como tipo de derecho patrimonial, *preexiste* a la norma fundamental, como institución jurídica que precede al propio texto fundamental, y que como elemento esencial recoge un valor histórico y comúnmente aceptado por la comunidad nacional, en su ordenamiento jurídico; y que como prototipo de derecho patrimonial tiene unas determinadas características y contenido que define esencial y genéricamente dicho precepto del CC. Sin perjuicio de que su regulación normativa, por diversos “estatutos” o regímenes jurídicos (art. 33.2 CE: “de acuerdo con las leyes”), aplicables, según clases o tipos de bienes, y que “delimitan” jurídica y funcionalmente (en razón de distintos tipos de uso y disfrute de aquéllos) el contenido –estatutario- del derecho, así como la “función social” que asimismo debe cumplir, diversa según tipos de bienes.

Los tipos de *intereses* a que responde la propiedad privada y la función social que, según el correspondiente régimen estatutario, ha de cumplir el derecho son sustancialmente distintos. El interés del propietario es un interés suyo, particular, una utilidad o provecho que obtiene de la cosa, que puede obtener de ésta según su naturaleza, utilizándola o simplemente disponiendo de ella cediendo su uso o aprovechamiento a otra persona a cambio de una renta. No se concibe la propiedad privada sin incluir estas facultades o posibilidades jurídicas, aunque su alcance –“límite”- depende del correspondiente régimen jurídico estatutario. En cambio, la función social que el derecho de propiedad privada debe cumplir responde a intereses generales o públicos, intereses de la comunidad por tanto, cuya delimitación jurídica (límites) y deberes legales, corresponde hacer a dicho régimen estatutario.

La protección como derecho de la propiedad privada, que ampara así el interés del dueño de la cosa, incluye la garantía jurídica del propio derecho, incluso frente al legislador estatutario (estatal y autonómico), que viene obligado a respetar el “contenido esencial” de este tipo de derecho (art. 53.1 CE), que en abstracto y de modo general define dicho precepto legal civil.

Segunda. Delimitación legal y garantía del contenido del derecho de propiedad privada

El precepto contenido en el artículo 348 CC define la propiedad privada de modo unitario, recogiendo la tradición jurídica del mundo occidental que expresa la tríada de facultades que integra su contenido (*ius utendi, et fruendi et disponendi*), de modo general y sintético, comprensiva de las facultades de goce y disposición. Cabe por ello decir que la propiedad privada como tipo de derecho subjetivo patrimonial es una institución fundamental en nuestro ordenamiento: no se concibe sin incluir esas facultades características, o posibilidades jurídicas de actuación, por el propietario de la cosa. La operación jurídica de “delimitar” el contenido de este derecho patrimonial prototípico, que la actual Constitución encomienda al legislador (art. 33.2), encuentra por ello un *límite* fundamental en la exigencia de respetar su “contenido esencial”, al “regular el ejercicio” de este derecho (art. 53.1). Ese “contenido esencial”, a nuestro juicio, viene integrado de modo general por esas facultades de gozar - usar y aprovechar- y disponer de la cosa, que definen de modo característico la propiedad, sin las cuales no se concibe como tipo de derecho subjetivo, en el orden patrimonial civil. (¿Se “reconocería” como derecho de propiedad el que una determinada regulación legal –estatutaria-, aún denominándolo así, se estableciese privando al propietario de alguna de esas facultades características?).

En este sentido, en cuanto hace reconocible un tipo de derecho subjetivo como propiedad privada –según la metodología no sólo conceptual de la

dogmática jurídica, sino también de la pragmática jurisprudencia de intereses (s. TC de 8 de abril de 1981, reiterada por otras)-, cabría entender que ese precepto del CC, al definirlo según sus facultades, cumple una cierta función constitucional, en cuanto permite o hace posible completar directamente, en primer grado, esos preceptos constitucionales (arts. 33.1 y 2, en conexión con el 53.1), que no solo *reconocen* el tipo de derecho de que se trata sino que lo *garantizan*, cabalmente por ello y para preservar su naturaleza, estableciendo el límite -incluso frente al legislador- de respetar su “contenido esencial”, núcleo del propio derecho.

Límite constitucional que implícitamente supone la existencia de un contenido adicional o complementario, que es el que, en su regulación legal de desarrollo, corresponde al legislador ordinario –estatal o autonómico- al establecer el régimen o estatuto jurídico del derecho de propiedad privada de determinados tipos de bienes (inmuebles urbanos, rústicos, etc.) en la legislación sectorial correspondiente (propiedad urbana, agraria, forestal), que en todo caso ha de respetar, así pues, ese contenido mínimo nuclear, de modo que permita reconocer en el correspondiente régimen estatutario el tipo de derecho patrimonial que representa esencialmente la propiedad privada. Por lo que si, hipotéticamente, una determinada regulación estatutaria de la propiedad de un tipo de bien no reconociera alguna de esas clásicas facultades o no hiciera posible satisfacer el interés de los propietarios por la cesión del uso y aprovechamiento o por la disposición de bienes el correspondiente valor económico, la ley reguladora podría incurrir en inconstitucionalidad, por incumplimiento de ese “contenido esencial” del derecho de propiedad privada.

Así pues, respecto del contenido de este tipo de derecho, cabe distinguir que hay un primer nivel, de rango constitucional, en el que se sitúa el “contenido esencial” (art. 53.1 CE), referido a la propiedad privada como prototipo de derecho subjetivo patrimonial, en abstracto considerado –digamos- como institución, que la propia CE reconoce (art. 33.1), y otro nivel jurídico, también normativo pero de desarrollo estatutario, donde se sitúa la regulación legal del tipo de bien de que se trate, objeto del mismo, que no solo ha de reconocer ese contenido institucional –“esencial”- en la regulación legal que establezca, en su desarrollo adicional o complementario, sino que también (en algunas leyes estatutarias que lo denominan “contenido normal”) han de “delimitarlo” respecto de la “función social” que legalmente haya de cumplir (art. 33.2 CE).

Tercera. Sobre la función social del derecho de propiedad privada: pluralidad de funciones sociales

La “función social” que en beneficio de la comunidad -por tanto, en *interés* general o público-, ha de cumplir el derecho de propiedad privada, suscita también diversas cuestiones respecto a la normativa o estatuto legal de

la clase de bien regulado, distinto así según el régimen jurídico de la propiedad urbana, de la propiedad agraria, etc. Hay, sin embargo, una cuestión que de modo general afecta a la relación entre la propiedad privada y la función social, cuestión que podría plantearse en estos términos: es la de si esa función forma parte integrante del contenido –incluso esencial- del derecho de propiedad privada o si, por el contrario, no forma parte del contenido de este tipo de derecho, sino que afecta al *ejercicio* del mismo según la regulación estatutaria correspondiente. La primera tesis es la mantenida por el TC en su conocida sentencia 37/1987, de 26 de marzo, así como por la doctrina, sobre todo iuspublicista, que sigue una llamada concepción “moderna” al respecto; mientras que la otra tesis es la mantenida en general –con excepciones- por la doctrina civilista.

Esta última es la concepción que se mantiene en el presente trabajo, con base en los siguientes argumentos:

a) El distinto tipo de *intereses* que subyacen y a que responden, básica y esencialmente, la propiedad privada y la función social: el interés propio y privativo, particular, del propietario titular del derecho, mientras que el tipo de interés o utilidad a que sirve la función social no es otro que una finalidad de interés general o público, esto es, en beneficio de la comunidad social.

b) La *naturaleza de derecho* que la propiedad privada tiene, supone conceptualmente la atribución de un poder jurídico que faculta al titular dominical de la cosa para satisfacer un interés suyo digno de protección jurídica mediante el uso, aprovechamiento y disposición de la propia cosa. Constituye, por ello, un tipo de *situación jurídica activa*, de poder, no de deber, ni siquiera una situación jurídica mixta, como parece configurarla la citada sentencia constitucional 61/1987, al integrar en su contenido no solo facultades, sino también deberes, como asimismo hace la actual legislación estatal del suelo: arts. 8 y 9 TR/08, incluso después de su reforma por la Ley 8/2013). Error, en nuestra opinión, no solo conceptual sino de naturaleza, ya que desvirtúa –más bien, desnaturaliza- la propiedad privada como tipo de “derecho” subjetivo, el más característico –prototípico- del orden patrimonial civil.

c) La *especial articulación jurídico-constitucional* del derecho de propiedad, que no solo la Constitución reconoce como tal derecho sino que remite su regulación legal al legislador ordinario en cuanto a la *delimitación* –o fijación de límites- entre la “función social”, que ese derecho debe cumplir, y el contenido del propio derecho (art. 33.2), al regular su ejercicio (art. 53.1). Lo cual determina la existencia de una pluralidad de regulaciones o estatutos legales, no solo del contenido de ese derecho (en facultades de uso, aprovechamiento y disposición del tipo o clase de *bien* regulado), sino también de la respectiva

función social que cada tipo de bien debe cumplir (límites, limitaciones, deberes y cargas).

d) La función social de la propiedad privada no es, pues, predicable en general ni de modo unitario de este tipo de derecho, sino de su objeto, constituido por distintas clases o grupos de bienes, cuya distinta naturaleza, significación e importancia económica y social, justifica y determina la existencia de diversas regulaciones o regímenes jurídicos y, por lo tanto, de una pluralidad de funciones sociales, diversas según su régimen jurídico (así, no es la misma función social la de la propiedad urbana que la que ha de cumplir la propiedad agraria).

e) La función social, en cuanto *delimita y restringe* el contenido (facultades) de la propiedad privada, ha de respetar en todo caso, al regular este derecho, su “contenido esencial” (art. 53.1, en conexión con el art. 33.2 CE), que no puede desconocer ni traspasar el legislador, ni siquiera invocando exigencias de la función social, ya que de lo contrario no sería reconocible el derecho de propiedad en la regulación legal de que se trate (SS. TC 227/1988, 89/1994, entre otras). Cabalmente, por ello, la función social no forma parte del “contenido esencial” de este derecho, dado que es un *prius* que el legislador ha de respetar, como límite constitucional –“límite de límites”-, al establecer la regulación de desarrollo e imponer a los propietarios determinadas limitaciones, deberes y cargas que condicionan el ejercicio del propio derecho.

II. CONCLUSIONES RELATIVAS A LA PROPIEDAD URBANA

Cuarta. Incidencia paralela en el orden jurídico-civil del régimen jurídico regulador del proceso de la acción urbanística y edificatoria

El régimen jurídico de la propiedad urbana revela mejor que cualquier otro la llamada concepción “estatutaria” del derecho de propiedad inmueble y, en particular, del uso del suelo y de su edificación. Los profundos cambios – sociales, económicos, políticos e ideológicos y técnicos- experimentados durante los dos últimos siglos han tenido especial reflejo en nuestro ordenamiento civil de la propiedad privada. El paso de una sociedad rural a otra primordialmente urbana ha tenido, en efecto, clara manifestación si se compara la regulación contenida en nuestro Código Civil, con la que, al margen de la éste, y ya en su misma época –segunda mitad del siglo XIX-, paralelamente se establece, como es sabido, para poder atender a necesidades de la emergente población industrial, paulatinamente concentrada en las ciudades, de obras de infraestructuras y servicios urbanos. La necesidad de sanear y de urbanizar suelo genera así todo un proceso regulatorio, iniciado entonces (leyes de reforma interior, saneamiento y de ensanche de poblaciones), y que en el siglo

XX irá seguido de una importante legislación urbanística (Ley del Suelo de 1956, reformada en 1975 y en 1990) reguladora de todo un sistema de planeamiento –territorial y no solo urbano-, de gestión de la actividad urbanizadora y de intervención pública del uso del suelo y de la edificación.

Si se comparan las “limitaciones” legales, a que se refiere nuestro CC de 1889 –en relación con las leyes sectoriales de aquella época- y específicamente respecto a obras particulares que podían hacer los propietarios, a su conveniencia, en sus terrenos, aunque con sujeción a los “reglamentos de policía” (art. 350), con la extensa y compleja ordenación territorial y urbanística actualmente existente (en la que a la legislación estatal precedente ha sucedido la actual legislación de las Comunidades Autónomas), ha sido realmente espectacular (aunque esta legislación ha sido muy criticada por la doctrina jurídica, sobre todo por el efecto centrifugador producido por las autonomías territoriales).

La incidencia de esta legislación no supone, sin embargo, una ruptura de la institución de la propiedad privada en materia de urbanismo, como demuestra el reconocimiento jurídico básico por la Ley estatal de Suelo –TR de 2008, de las facultades propias y características de uso, disfrute y disposición del derecho de propiedad privada de suelo (en su art. 8), aun cuando remita a legislación aplicable en materia de ordenación territorial y urbanística para determinar y regular el grado de aprovechamiento urbano y en especial de la facultad de edificar (*ius aedificandi*), que forma parte del contenido del derecho de propiedad, si bien en la medida en que tal aprovechamiento sea necesario para el desarrollo urbano previsible. La inherencia de la facultad de edificar a la propiedad urbana, reconocida legalmente (por la citada LS estatal, arts. 7.2, 8.5-b, y 24.1), si bien condicionada no solo por los límites del aprovechamiento urbanístico, sino también en su ejercicio por el cumplimiento previo de los deberes y cargas de urbanización, en régimen equidistributivo (reparcelación).

Pese a que el legislador estatal de suelo (art. 7.2) parece venir inspirado en el modelo de adquisición gradual de facultades por el propietario –que había regulado la LS/92-, según el cual la facultad de edificar *se adquiere* por éste cuando se cumplen los deberes y cargas urbanísticas, el parecer de la que suscribe –razonado en el texto de la tesis- viene confirmado por la propia Ley estatal, en sus preceptos contenidos en su artículo 8.5,b (sobre la “facultad de edificar”) y, sobre todo, en su artículo 24.1 (que obliga a valorar el suelo urbanizado incluyendo el uso y la edificabilidad “de referencia”, es decir, el aprovechamiento urbanístico promedio –tipo, medio, ...- asignado a la parcela de terreno por el planeamiento), así como conforme a la fundamentación jurídica de la sentencia constitucional 61/1997 (citada en el capítulo cuarto, IV.2.B).

Quinta. Sobre el contenido en aprovechamiento (uso y edificabilidad) de la propiedad urbana

El contenido de la propiedad urbana, constituido *in genere* por el aprovechamiento urbanístico, fundamentalmente supone la posibilidad de llevar a cabo un determinado *uso* (exclusivo), o de elegir entre varios usos (alternativos), así como la *edificabilidad* correspondiente, fijados ambos elementos por la ordenación urbanística y, en concreto, por el planeamiento, en un determinado terreno o parcela situada en suelo urbano o urbanizable. (Es indudable que esto condiciona y limita la “conveniencia” del dueño del suelo: art. 350 CC). Supone, pues, un determinado tipo de aprovechamiento definitorio del *ius utendi et fruendi* urbanístico, a ejercitar bien directamente por el mismo propietario (*ut dominus*), dentro de los posibles destinos o usos permitidos por esa ordenación y que el propio dueño considere conveniente a su utilidad o interés, o bien por otra persona a quien el titular propietario decida transferir, en ejercicio de su *ius disponendi*, el aprovechamiento urbanístico (a título civil de usufructo, pongamos por caso). Sin perjuicio de que, en determinados supuestos la facultad de este tipo de aprovechamiento constituya un “derecho” diferenciado –autónomo-, como derecho real, para poder construir en el mismo terreno (derecho de superficie) o bien en otro terreno distinto (en supuestos de “transferencia de aprovechamiento urbanístico” regulados por la legislación territorial y urbanística).

En cualquier caso, la *desigualdad* que inevitablemente genera la ordenación –y, en concreto, el planeamiento- al atribuir diferente aprovechamiento urbanístico a unos y a otros terrenos, o ninguno, plantea una cuestión cardinal al urbanismo y que el Derecho trata de resolver, aunque dentro de ciertos límites. Inicialmente la solución de equidistribuir el aprovechamiento se limitaba a la fase de ejecución del plan urbanístico (Ley del Suelo de 1956) y hubo que esperar a la reforma legislativa de 1975 (TR de 1976) para que se extendiera al propio planeamiento, aunque sólo respecto al suelo clasificado como urbanizable –programado-, mediante la fijación de un “aprovechamiento medio” al que todo propietario tenía derecho; valor promedio que la reforma legal de 1990 (TR 1992) extendió al suelo urbano –no consolidado-, regulando el “aprovechamiento tipo”, en determinados ámbitos (“áreas de reparto”), para poder promediar de modo más técnico el aprovechamiento urbanístico, en cada uno de esos ámbitos territoriales, a fin de igualar la *edificabilidad* –ponderada por los distintos *usos*- a todos los propietarios de terrenos del “área” (fijando así un aprovechamiento “tipo” *objetivo*, asignado así de modo general, a todos ellos). Sin perjuicio de que, para poder hacerlo efectivo: 1) en caso de que por el plan urbanístico se atribuyera un aprovechamiento mayor o menor al “tipo” (aprovechamiento “real”), los propietarios más beneficiados hubieran de ceder el aprovechamiento excedente para compensar a los propietarios de terrenos deficitarios; 2) así como que, después, en la ejecución del plan, se hiciera operativo mediante la reparcelación en cada ámbito de actuación (“unidad de ejecución” o polígono), y detrayendo

el 10 por 100 del aprovechamiento de cesión legal obligatoria al municipio, por lo que en definitiva los propietarios del ámbito tenían derecho al 90 por 100 restante (aprovechamiento “subjetivo”).

La legislación estatal de suelo establece al respecto como principio básico el de “equidistribución” o justo reparto del “beneficio” que representa el aprovechamiento urbanístico (TR-LS de 2008, art. 8.3,c) y 5.c, reformado por la Ley 8/2013), entre todos los propietarios, en proporción a su aportación, y que la actual legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma regula con más o menos detalle, tanto a nivel de planeamiento, como sobre todo de gestión (reparcelación). Pese a la heterogeneidad de esta normativa autonómica, la regulación de la respectiva Comunidad Autónoma, en todas las CCAA, responde a la idea común y básica de fijar un valor promedio de aprovechamiento urbanístico que permita cumplir ese principio de equidistribución de “beneficios” –así como de los deberes y cargas, como el citado 10 por 100 del aprovechamiento-, a cuyo efecto y por lo general se establecen determinaciones al regular el planeamiento, como también y de modo más detallado al regular la ejecución y gestión concreta de éste mediante la reparcelación. Lo que no es óbice a que unas leyes urbanísticas autonómicas tomen como modelo la técnica del aprovechamiento “medio” de la LS estatal de 1975-TR/76 (Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña y La Rioja), y otras de la LS de 1990-TR/92 (Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, Navarra y Comunidad Valenciana).

El resto de CCAA (Madrid, Murcia y País Vasco) regulan de modo diferente la forma de promediar dicho aprovechamiento, mediante la fijación de un valor unitario que sirva “de referencia” (así, en la Comunidad madrileña, en cada área de reparto que ha de delimitar el plan urbanístico), o en la Región de Murcia, en la que el plan general de cada municipio ha de delimitar en suelo urbano “áreas urbanas homogéneas” y en suelo urbanizable un aprovechamiento “global de referencia” para que, después, el plan parcial lo equidistribuya en cada sector de esta clase de suelo y, en definitiva y de modo concreto, en cada “unidad de ejecución”, al ejecutar el plan parcial, mediante reparcelación. Y en la Ley urbanística del País Vasco, la “edificabilidad media ponderada” para los usos lucrativos –en suma, el aprovechamiento urbanístico- también es promediada fijando una “edificabilidad media” del ámbito territorial delimitado por el plan (dividiendo para ello la “edificabilidad media ponderada” de todo el ámbito entre la superficie del propio ámbito territorial).

Sexta. Sobre la utilidad y valor económico del aprovechamiento urbanístico

El aprovechamiento urbanístico de un terreno por su dueño supone la posibilidad de obtener éste la utilidad o rentabilidad de un bien económico, que en cuanto tal tiene un valor de venta (precio) o renta (alquiler o canon), real y

actual, en el mercado. Valor económico que, según las circunstancias y condiciones del mercado inmobiliario puede variar; así como también incide en su valor el régimen jurídico aplicable al inmueble o terreno, conforme a la normativa urbanística aplicable al mismo (uso y destino, y edificabilidad, fundamentalmente) y, en su caso, el grado de urbanización del terreno de que se trate.

Ni que decir tiene que en un sistema de economía de mercado, como el nuestro (art. 38 CE), el precio o la renta de un determinado inmueble viene fijado por las partes contratantes, que son las que pactan libremente y de común acuerdo el precio, el alquiler, etc., dentro de los límites jurídicos del ordenamiento (art. 1255 CC). Incluso en caso de expropiación forzosa, para un fin de utilidad pública o de interés social (art. 33.3 CE), también es una referencia inexcusable el mercado (así lo dice el preámbulo de la LS-TR/08) para fijar el valor –de sustitución del inmueble expropiado por su equivalente económico–, teniéndose en cuenta, pongamos por caso, el precio de venta de un terreno en similar situación; aunque el régimen de valoraciones que establece la actual Ley estatal de suelo (TR de 2008), en rigor de verdad, no responde a ese principio del valor de sustitución en el mercado, puesto que establece un régimen de *valoraciones objetivas* del suelo –que ha sido una constante desde la legislación estatal precedente, a partir de la LS/56- y que tradicionalmente ha generado una tensión entre ambos tipos de valor, es decir, entre el valor real de mercado y el valor objetivo legal, que no obstante la jurisprudencia ha ponderado en virtud del criterio estimativo de la LEF (art. 43), en la apelación que esta Ley hacía al valor “real” del bien, hasta que la vigente LS estatal (Disp. Adicional 5ª LS-TR de 2008) ha establecido su inaplicabilidad a la expropiación de bienes inmuebles (modificando al respecto el art. 43 LEF). Así que la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal de Justicia ya no contará con el asidero de este precepto legal, que permitía casuísticamente la fijación del valor “real”, cuando la justicia del caso concreto así lo requería.

Y si a esto se une, por otra parte, la desvinculación del actual régimen de valoración del suelo respecto de la “clasificación” urbanística de éste, ya que, según la vigente LS estatal, sólo en el caso de que los terrenos se hallen urbanizados, tiene en cuenta el aprovechamiento urbanístico, la conclusión no es otra que los terrenos clasificados, no ya como suelo urbanizable (“sectorizados”) sino también el suelo urbano (no consolidado), han de valorarse como suelo rústico; dándoles de este modo legalmente un tratamiento distinto y contrario al que la legislación fiscal o tributaria les atribuye a estos efectos, ya que incluye el aprovechamiento urbanístico de dichas clases de terrenos (así, la regulación del IBI, según la Ley de Haciendas Locales –TR de 2004, y la Ley del Catastro Inmobiliario, TR de 2004). Diferencia de trato cuya flagrante incoherencia ha criticado justamente la doctrina –citada en el capítulo quinto, epígrafe IV-, por el trato favorable que a la Administración da la normativa fiscal y el desfavorable para los propietarios de la legislación

expropiatoria (*ubi commodum, ubi incommodum*); legislación que, en conjunto, podría calificarse como claro ejemplo de “ley del embudo”: lo ancho a favor de la Administración y lo estrecho para los propietarios.

Séptima. Transmisión del aprovechamiento urbanístico: supuestos

La facultad de disponer el propietario de un terreno del aprovechamiento urbanístico correspondiente y, por ende, del *ius aedificandi*, transfiriéndolo a otra persona para que sea ésta quien construya en un terreno o parcela de propiedad ajena, constituye un derecho real limitativo de la propiedad privada inmueble. Posibilidad jurídica de transmitir el propietario, en ejercicio de su *ius disponendi*, aprovechamiento urbanístico, que nuestro ordenamiento admite en diversos supuestos, bien para construir en el mismo terreno o parcela que tenga asignado el aprovechamiento o edificabilidad, o bien en otro distinto.

En el primer supuesto, esto es, para construir en el mismo terreno, el aprovechamiento objeto de transmisión podrá constituir un derecho civil de superficie o bien un derecho de vuelo –sobreelevación o subedificación- que la legislación civil permite: el primero, no el CC (que, como es sabido, se limita a citarlo –art. 1611, pfo 3- a efecto de no aplicar la ordenación de censos al derecho de superficie), sino la legislación estatal de suelo si bien civil (arts. 40 y 41 LS-TR de 2008); y el llamado derecho de vuelo, previsto en la legislación registral, a efecto de su inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 8.3 y 16.2 RH). (Tipos de derechos reales sobre propiedad inmueble ajena cuya regulación se sintetiza en el capítulo correspondiente, el sexto, donde se hace referencia a la doctrina civilista y a la jurisprudencia relativa a estos supuestos o tipos).

Especial atención se dedica a otros supuestos tipológicos, en los cuales también se admite la posibilidad de transmitir mediante contrato *inter privatos* o de acto jurídico –incluso administrativo- determinado aprovechamiento urbanístico correspondiente a una finca o terreno sujeto a proceso de urbanización y reparcelación; supuesto en el cual el *ius aedificandi* no puede materializarse hasta que el terreno se halle urbanizado, así como también repartido y asignado –en el ámbito de actuación- el aprovechamiento urbanístico correspondiente (y los deberes de urbanización que impone la función social, *infra*).

Mediante la reparcelación se constituye, a estos efectos, una *comunidad de bienes y derechos*, mediante agrupación de las fincas originarias aportadas por los propietarios en la “unidad reparcelable”, a fin de adjudicar aquéllas una vez adaptadas al planeamiento urbanístico; comunidad de bienes cuya titularidad es normalmente fiduciaria, siendo asumida en este caso por el urbanizador (depende, pues, de quién sea éste, según el “sistema de actuación” aplicado para gestionar la ejecución del plan), hasta el momento en que el proyecto de

reparcelación sea aprobado en definitiva por la Administración. Pues bien, hasta este momento, *durante* este proceso reparcelatorio, existe la prohibición legal de dividir o segregar, por lo que la enajenación o transmisión por un propietario de su derecho de aprovechamiento a un tercero podrá tener, en rigor, por objeto no un aprovechamiento -puesto que éste aún no se ha adjudicado-, sino la cuota *proindiviso* correspondiente a aquél en la comunidad reparcelatoria, que conllevará la subrogación por el adquirente en la posición jurídica del transmitente para poder intervenir en el proceso reparcelatorio y al cual en definitiva, en su momento, se le adjudique la finca resultante que le corresponda.

Ahora bien, la legislación registral admite la posibilidad de transferir *parte del aprovechamiento* urbanístico, en cuyo caso la transmisión tendría por objeto determinadas “unidades de aprovechamiento”, inscribibles en el Registro de la Propiedad “en folio independiente”, aunque esta inscripción registral ha de cancelarse una vez adjudicada la finca resultante de la reparcelación (art. 51.1,e LS-TR/2008 y 39 RD 1093/97). Supuesto que, civilmente, podría equipararse al de enajenación de una cosa futura: la finca en formación (*in fieri*) en la que se hará efectiva la edificabilidad pactada que corresponda. La similitud, por otra parte, con la enajenación o venta de piso futuro, admitida por el TS (Sala 1^a), también se ha extendido al supuesto de enajenación o venta de *finca* que haya de resultar de un proyecto de reparcelación en trámite, esto es, no aprobado, sin que haya pues aún finca de resultado “sustitutiva de la originaria aportada por el propietario (vendedor), ni por lo tanto entrega de la cosa (arts. 609 y 1095 CC)”, no obstante lo cual el propio TS (con base en el artículo 1462, pfo 2, CC) y la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha mostrado favorable a la inscripción registral (Resolución de 16 de mayo de 1996), en razón de dicha similitud.

En fin, otro supuesto de transferencia de aprovechamiento urbanístico es el aplicado –por la Administración- en *suelo urbano consolidado* por la urbanización y/o edificación, para obtener ésta terrenos dotacionales públicos, mediante las llamadas TAUs inter-parcelarias. La operación jurídica –regulada por la LS estatal/TR 92 y hoy por algunas CCAA, como la Valenciana y Castilla-La Mancha, consiste en trasladar el aprovechamiento urbanístico de una parcela con exceso de éste según el plan urbanístico, a otra parcela deficitaria, con referencia al “aprovechamiento tipo” fijado para un “área de reparto” y que permite igualar el tratamiento de los propietarios, pero interviniendo la Administración municipal en el mercado privado de suelo, a través de un registro (de TAUs), condicionante de su ulterior inscripción en el Registro de la Propiedad. La escasa aplicación de este mecanismo –y que con tanta fantasía elaboró el RD 1093/1997- no evitó su fracaso en la práctica (como dice Carrasco Perera).

Octava. Elementos condicionantes de la validez del derecho real inmobiliario constituido en caso de enajenación o transmisión de aprovechamiento urbanístico

En los supuestos de transferencia contractual de aprovechamiento urbanístico, el contrato traslativo del derecho real inmobiliario facultando a otra persona para materializar el aprovechamiento transmitido, es un contrato *inter privatos*, de naturaleza civil –venta, permuta, donación-, que ha de reunir por tanto los elementos y requisitos esenciales para que sea válida la transmisión o enajenación (art. 1261 CC), así subjetivos –capacidad exigida para poder prestarse el consentimiento por las partes contratantes- como respecto al objeto –que ha de ser cierto y determinado, además de posible y lícito-, así como de causa lícita y los requisitos de forma exigidos legalmente.

Por lo pronto, el derecho real inmobiliario que la transmisión constituya, requiere que las personas que contraten tengan capacidad para enajenar, por lo que de modo general la tiene toda persona a quien el ordenamiento civil permite obligarse, sin perjuicio de las salvedades y especialidades que el propio ordenamiento establece (así, entre estas especialidades, caso de que el aprovechamiento urbanístico que trate de transmitirse sea bien ganancial, los preceptos que el CC establece al respecto, arts. 1347,1º y 3º, 1354 y 1355; y entre las salvedades, el 1459 y concordantes).

Respecto del aprovechamiento urbanístico *objeto* de transmisión o enajenación, además de venir asignado por la ordenación urbanística al terreno del transmitente y ser, por ende, conforme a las normas integrantes de la ordenación aplicable –incluido el plan urbanístico- para ser “lícito” como objeto del contrato, ha de ser de “posible” materialización en la propia parcela o en otra distinta conforme a la propia ordenación (no sería posible si se hubiera materializado o consumido ya). Además, como derecho objeto de transferencia por vía contractual, el aprovechamiento urbanístico habrá de “determinarse” en el contrato con referencia –física- a la parcela de procedencia y, en su caso, a la de destino donde haya de materializarse y a la cual venga vinculado, con referencia –funcional- al *quantum* de su edificabilidad, ponderada por el uso característico.

Y por lo que se refiere a la *causa* –lícita- del contrato de transmisión o enajenación de aprovechamiento urbanístico, esto es -en sentido objetivo- la finalidad y efecto práctico perseguido por cada una de las partes contratantes como resultado del contrato para satisfacer su respectivo interés (esto es, para el adquirente poder materializar el aprovechamiento urbanístico objeto de transmisión para construirlo o edificarlo, y para el enajenante, pongamos por caso vendedor, obtener la correlativa contraprestación o precio equivalente al valor de dicho aprovechamiento). En caso de mediación administrativa, en el supuesto de las TAUs que algunas CCAA regulan, la transmisión se produce mediante permuta entre propietarios de terrenos cuyo aprovechamiento

urbanístico esté en situación inversa: uno con exceso de aprovechamiento y otro con defecto, respecto al permitido por el plan; viniendo condicionada en este caso la voluntad de las partes por la actuación de la Administración municipal (acto administrativo).

El contrato de transmisión de aprovechamiento urbanístico, en cuanto tiene por objeto un derecho real inmobiliario, para su inscripción en el Registro de la Propiedad ha de formalizarse en escritura pública (art. 2,1º y 2º de la Ley Hipotecaria y art. 51.1, e, de la LS-TR de 2008 -modificado por el RD-Ley 8/2011, de 1 de julio-, y arts. 2.1 y 33.1 RD 1093/1997). En el otorgamiento de escritura pública deben intervenir los titulares de la finca de origen y de la finca de destino –con sus referencias registrales y cargas- en el caso de que pertenezcan a distintos propietarios, que han de tener la capacidad necesaria, así como hacerse constar el número de “unidades de aprovechamiento urbanístico”, la cuantía del aprovechamiento transmitido y las demás circunstancias que han de hacerse constar en el Registro de la Propiedad. Por lo demás, la inscripción registral plantea la cuestión de si su valor es meramente declarativo (Núñez Lagos) o constitutivo (Laso Martínez), posición esta última que es la que parece tener más sentido por razones de seguridad jurídica, puesto que la cuestión afecta al contenido (facultades) de la propiedad inmobiliaria, así como por la inoponibilidad frente a terceros no inscritos.

Novena. Función social de la propiedad urbana

La función social de la propiedad urbana, según su estatuto específico, viene configurada fundamentalmente por dos principios, el de solidaridad y el de equidistribución: el primero supone la especial incidencia en ella del interés general o público y el segundo exige el reparto justo de las limitaciones, deberes y cargas urbanísticas que, a tal fin, ha de hacerse entre los propietarios. Así lo imponen los principios constitucionales de justicia, de igualdad y de interés general, característicos del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1; 9.2; 47; 103.1 CE). La mayor intensidad que la función social tiene en la propiedad urbana, comparativamente con la propiedad rústica, en razón del tipo de aprovechamiento –urbanístico- que aquélla tiene, se pone de manifiesto en los procesos de transformación urbanística de los terrenos clasificados no solo como suelo urbano –sin consolidar- sino también en mayor medida en terrenos rurales o rústicos clasificados como urbanizables o susceptibles de urbanización.

La finalidad de interés general ínsita en la función social de la propiedad privada se revela y pone de manifiesto, por lo pronto, en la significación que la obra urbanizadora tiene en nuestro ordenamiento como obra pública, lo cual supone una intensa intervención pública –administrativa- en la propiedad urbana. Máxime si a esto se une la finalidad de “impedir la especulación” apelando el texto constitucional al “interés general” (art. 47, pfo 1, CE). La

revalorización del suelo causada por la transformación urbanística, realizada por el juego combinado de la previsión de su posible urbanización (por el planeamiento) seguida de la ejecución de la obra urbanizadora (en ejecución del plan), supone un aumento de valor (plusvalía urbanística) que justifica y determina la entrada en este escenario jurídico de otro principio cardinal, el de recuperación de parte de esa plusvalía que genera la acción urbanística pública (art. 47, pfo 2, CE). Elenco de principios constitucionales que, junto a los principios superiores de justicia y de igualdad de trato, determinan la exigencia de que las limitaciones, deberes y cargas inherentes a la función social hayan de ser distribuidas entre los propietarios afectados por la acción urbanística de modo proporcionado entre *todos* ellos.

A la posición crítica mantenida –y resumida antes (conclusión tercera)– por un sector doctrinal e incluso jurisprudencial (S. TC 37/1987), la tesis aquí defendida considera que la función social no forma parte integrante del contenido del derecho de propiedad privada –ni, por ende, de la propiedad urbana–; sin perjuicio de que en el *ejercicio* de este derecho, y por lo tanto dentro del ámbito de las facultades que integra como tal derecho, delimitado legalmente de modo general, por su estatuto legal y reglamentario (art. 33.2 CE), mediante esta *delimitación* jurídico-normativa vienen establecidos determinados “límites” a ese derecho real, a su contenido (en aprovechamiento urbanístico, por lo tanto a los usos y al volumen edificable de los terrenos a urbanizar y edificar), así como de “limitaciones”, deberes y cargas, mediante las cuales se instrumenta jurídicamente la función social de la propiedad privada.

Con referencia a la legislación estatal de suelo –contenida en la LS-TR/2008 (art. 16) y vinculante para las CCAA–, se hace precisa referencia (capítulo VII) a los deberes que la Ley estatal impone a los “promotores” de la acción de transformación urbanística y, en definitiva, a los propietarios. Respecto al deber de “entrega” a la Administración del suelo destinado a “dotaciones públicas” (viario, zonas verdes, etc.), se resalta que este deber comprende los terrenos destinados al ámbito de la actuación –polígono o unidad de ejecución–, pero no para dotaciones públicas destinadas para ámbitos superiores (“sistemas generales”); respecto al deber legal de cesión a la Administración de un porcentaje de aprovechamiento urbanístico (15, 10 ó, excepcionalmente, 5%), su cumplimiento se instrumenta, como el anterior, mediante la reparcelación; y respecto al deber legal de costear la urbanización, se destaca que estos costes, en caso de urbanizador no propietario –así, en caso de actuación por el sistema de concurrencia–, sólo han de ser asumidos por los propietarios los costes que estrictamente establece la ley urbanística (autonómica), pero no los asumidos por “obligaciones adicionales” o complementarias ofrecidas por el “promotor” para concurrir a la licitación o concurso a fin de obtener la adjudicación. (La legislación autonómica en la

materia completa esa básica regulación estatal, en su respectivo estatuto o régimen urbanístico, al que se hace precisa referencia en dicho capítulo).

Por lo demás, una serie de leyes sectoriales –en materia de aguas terrestres y costas marítimas, carreteras, vías ferroviarias, bienes de interés cultural, etc.- regulan determinadas limitaciones, servidumbres (forzosas) y cargas a la propiedad privada, que viene vinculada a ciertos fines de interés general, que se fundamentan por razones incluíbles asimismo en la función social y que han de cumplir determinados tipos de bienes inmuebles de propiedad privada, por razón de su colindancia con otros bienes públicos o por otro tipo de circunstancias o situaciones del propio inmueble privado justificativas de un interés social o general atribuible al mismo.

Décima. Instrumentación jurídica de la función social de la propiedad urbana

Los límites, deberes y cargas que recaen sobre esta clase de propiedad inmobiliaria por razón de interés general o público y que implica la función social que legalmente este tipo de propiedad ha de cumplir, vienen instrumentados en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de dos principios de base constitucional, uno formal y otro de justicia material. El primero es el principio de reserva legal, que viene configurado de forma relativa y flexible (art. 33.2 CE), en cuanto a la primera regulación por Ley formal se admite constitucionalmente su desarrollo mediante normas administrativas (reglamentos y planes urbanísticos). Principio al que se une otro: el de equidistribución, que además del reparto justo del “beneficio” –que constituye el aprovechamiento urbanístico, que dota de contenido sustantivo a la propiedad urbana-, incluye asimismo el de reparto justo de los deberes y cargas urbanísticas, que también de modo concreto se instrumenta en la fase de ejecución del planeamiento, mediante reparcelación, para “garantizar la igualdad de los propietarios urbanos”, como dice el TC (s. 164/2001): igualdad en sentido de justa proporcionalidad y que interdicciona por ello el trato discriminatorio, desigual y no proporcionado de las aportaciones de suelo y demás cargas urbanísticas (cesión de aprovechamiento urbanístico, costes de urbanización, etc.), de donde la indemnizabilidad de las limitaciones y cargas singulares, en el caso de que no fuere posible físicamente equidistribuir las.

La aprobación, en definitiva, del proyecto de reparcelación (o de equidistribución, como lo denomina la legislación registral), en vía administrativa, produce, sobre la propiedad de las fincas aportadas por los propietarios, una serie de efectos jurídicos: Primero, la sustitución de estas fincas por otras resultantes de la propia reparcelación, una vez ajustadas a la ordenación del plan urbanístico, y en cuya titularidad se subrogan los propietarios correspondientes con plena eficacia real (que incluye la garantía de

cumplir los propietarios esos deberes y cargas de urbanización). También se produce otro efecto jurídico: el de extinguirse los deberes y cargas que recayeren en las fincas originarias aportadas a la reparcelación (usufructos, servidumbres, arrendamientos, etc.) en el caso de que fueren incompatibles con la nueva ordenación; así como un efecto registral: la inscripción de las nuevas fincas, resultantes de la operación equidistributiva, con las cargas y gravámenes que pesaren sobre ellas, a fin de que el Registro de la Propiedad se adecúe a la nueva realidad física y jurídica resultante de la reparcelación.

Otro importante efecto jurídico que implica la aprobación definitiva del proyecto reparcelatorio es el de producir la transmisión *–ex lege–* al municipio, en pleno dominio y libre de cargas, de los terrenos en los que se localicen las dotaciones públicas, para su afectación al interés general o público (al uso o servicio público correspondiente: vocación demanial). El *título* y el *modo* de adquisición *–por el municipio–* vienen constituidos, respectivamente, por la ordenación urbanística *–esto es, por la Ley y el plan–* el primero, y el segundo por la reparcelación, concretamente aprobada de forma definitiva por el propio municipio, en cuanto a este acto *–administrativo–* se vincula el efecto de la transmisión obligatoria al propio municipio, por ministerio de la ley.

III. CONCLUSIONES RELATIVAS A LA PROPIEDAD RÚSTICA

Undécima. El aprovechamiento natural y conforme a su destino del suelo rústico: estatuto de la propiedad agraria

En suelo rústico, y por lo que se refiere a la *propiedad agraria*, la específica funcionalidad que, por su destino *–agrícola y, sobre todo en el campo, ganadera–*, cumple este tipo de propiedad inmueble, la distingue naturalmente, atendiendo a este tipo de aprovechamientos, de la propiedad urbana, cuyo superior dinamismo determina que los terrenos situados en suelo rural, vengam sujetos como tales a usos y aprovechamientos propios de este tipo de suelo, sin perjuicio de que eventualmente puedan entrar en procesos de transformación urbanística. El *ius utendi et fruendi* de los terrenos rústicos objeto de esta clase de propiedad es, pues, un tipo de aprovechamiento que ha de ser conforme a su naturaleza y destino agrario, por lo que los propietarios vienen facultados a usar, disfrutar y disponer de los terrenos de su propiedad conforme a su propia naturaleza, esto es, para fines agrícolas, ganaderos, cinegéticos u otros vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, y dentro de los límites que establece la legislación del suelo (art. 12.2,a LS/TR-2008).

La normativa contenida en nuestro CC, cuyo acusado carácter agrario es el propio de la economía y la sociedad características de la época en que fue promulgado, se limita por ello a regular la propiedad privada de los predios o fincas rústicas y las relaciones de vecindad entre ellas; regulación civil que se completará después, al compás de la evolución social y económica, con un

régimen jurídico o estatuto de la *explotación agraria*, cuyo superior dinamismo suscita una política reformista inspirada, primero, con antecedente en las ideas liberales (que enlazan con el famoso Informe sobre la Ley Agraria, de Jovellanos, 1768, que proclamaba una serie de medidas para afrontar la concentración, aprovechamiento y mejora de la propiedad rural), y que inspirarían a la Constitución de Cádiz, 1812, y cristalizarían en la desamortización civil y eclesiástica, y otras medidas liberalizadoras no solo de la propiedad rural sino también del cultivo y el comercio de productos agrarios. La cuestión de la llamada reforma agraria, con estos antecedentes, será después retomada por la II República (Ley de Reforma Agraria, 1932) y tras la guerra civil, se adoptaron otras medidas intervencionistas, como la colonización de zonas regables, la concentración parcelaria y la legislación sobre fincas mejorables, que en parte llegan hasta hoy, a través del Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, aún parcialmente vigente.

El vigente estatuto jurídico de la propiedad agraria, en el actual marco constitucional (art. 33 y 53, 139, 148.1,7º, y 149.1,8º CE), adolece de una complejidad característica, por la concurrencia de legislación estatal y autonómica, a la cual ha venido a sumarse la incidencia del Derecho comunitario europeo, especialmente intensa como consecuencia de la “política agrícola común” y en particular de su política de “estructuras agrarias”, en cuanto afecta al ejercicio de la propiedad de la tierra en su uso y aprovechamiento agrario (a través de inversiones, subvenciones y otras ayudas). En conjunto, en este complejo estatuto jurídico, destaca la regulación de medidas enderezadas al más racional y útil aprovechamiento agrario de la tierra, como la fijación de unidades mínimas de cultivo, el retracto de colindantes (uniéndose al tradicional supuesto del artículo 1523 CC, el especial de fincas con explotaciones calificadas como “prioritarias” que regula la Ley 19/1995, art. 27), y sobre todo la concentración parcelaria, cuyo régimen y procedimiento de intervención administrativa de la propiedad agraria produce importantes efectos sobre este tipo de propiedad y demás derechos sobre las fincas de su respectivo ámbito de actuación y registrales.

Duodécima. Facultades de aprovechamiento y disposición contenidas en el régimen de la propiedad agraria: especial conexión *ratione materiae* con la utilización de aguas para regadío

Sea el mismo propietario, u otra persona (arrendatario, subarrendatario, etc.), quien utilice o aproveche una finca o terreno destinada al cultivo agrícola, el tradicional *ius colendi* constituye un tipo de aprovechamiento característico del suelo rural. El CC (art. 350) faculta al propietario de un terreno para realizar las plantaciones o siembras que “le convengan”, en ejercicio de ese *ius* o facultad; y es natural que también se le faculte para hacer las obras necesarias al efecto (incluidas las de la vivienda para el agricultor y su familia, que la actual

legislación del suelo autonómica regula, vinculándola por lo general a la explotación agraria); y sin perjuicio de las limitaciones que, en interés general (función social), la legislación (agraria, forestal, etc.) establece.

Especial atención se dedica, por razón de la materia y la funcionalidad que cumple, a la conexión entre el *ius colendi* y, en el supuesto de los cultivos de regadío, el uso y aprovechamiento del agua necesaria al efecto. La demanialización de las aguas, que la vigente Ley de éstas, desde 1985 establece, ha determinado sin embargo la “publicación” de los títulos jurídicos habilitantes para poder utilizar las aguas (públicas). Especial atención merece, no obstante, el régimen de transición –o transitorio- de la anterior Ley de 1879 a la actual, puesto que aquella vieja Ley reconocía y otorgaba derechos sobre *aguas privadas*: así las procedentes de *manantiales* cuyos derechos se hubieran adquirido conforme a la vieja Ley de Aguas, y a los que la nueva LA (Disp. Transitoria 2ª) reconocía el derecho a continuar su explotación durante 50 años, aunque condicionado a su inscripción en un Registro –administrativo- de Aguas. En estos casos, se trata, pues, de aguas de dominio privado, en virtud de títulos jurídicos adquiridos conforme a la LA de 1879 y el CC (art. 408), que se mantienen en el caso de que sus titulares hayan optado por seguir en la misma situación jurídica derivada de la normativa civil precedente, aunque la LA vigente también da la opción a la protección jurídico-pública por la inscripción en dicho Registro de Aguas.

Supuesto diferente es el referente a la eficacia *pro futuro* de aprovechamiento de aguas *privadas*, pero adquiridas *por usucapión* de 20 años (art. 409, 2º CC) y conforme a la Disp. Transitoria 1ª de la vigente LA, que habilita a su explotación temporal –durante un plazo máximo de 75 años- de las aguas ahora públicas; fuera de cuyo supuesto queda impedida su eficacia futura por la actual LA (s. TS de 20 de julio de 2004).

Supuestos ambos que excepcionan, pues, el régimen de títulos jurídico-públicos, consecuente con la *publicatio* de las aguas terrestres en nuestro actual ordenamiento; pero que no es óbice esto, sin embargo, por otra parte, a la naturaleza civil del contrato de cesión o transferencia de derechos de uso o aprovechamiento privativo de aguas públicas *inter privatos* (así de un concesionario-cedente a otra persona-cesionario, de un determinado caudal de agua), aunque con las limitaciones que la LA (arts. 67 a 72) establece a la voluntad de las partes contratantes, cedente y cesionario (volumen, forma, inscripción en el Registro de Aguas y en el de la Propiedad, etc.).

Por otra parte, y en fin, en lo que se refiere al *ius disponendi* del propietario de una finca rústica para enajenarla, total o parcialmente, se resalta que su voluntad dispositiva viene limitada por el régimen de las “unidades mínimas de cultivo”, que implica la prohibición de dividir o segregar la finca rústica en caso de que no se cumplan los mínimos de superficie que, para fincas de secano y de regadío, establece la legislación agraria; así como en el régimen

del retracto legal agrario, que da preferencia a los propietarios de fincas colindantes.

Decimotercera. La función social de la propiedad agraria, en el más amplio contexto del ordenamiento interno y europeo del sector socio-económico

El tipo de aprovechamiento característico de la propiedad agraria, en términos de rentabilidad o rendimiento de la producción, viene condicionado no solo por factores económicos y técnicos (inversión de capital, maquinaria, etc.), sino también naturales (calidad de la tierra, climatología, etc.), cuya aleatoriedad determina la precariedad de la agricultura y la ganadería. Los intereses generales de la comunidad, defintorios de la función social de la propiedad agraria, demandan por ello más que –o no solo de- la imposición legal de obligaciones y cargas, de una labor de promoción y de apoyo y ayuda pública.

La función social de la propiedad agraria, a diferencia de la propiedad urbana, reviste así un perfil característico, en cuanto demanda de los poderes públicos una especial atención –dentro del contexto socioeconómico del propio sector- no solo respecto a la propiedad de la tierra, también en lo que se refiere a las explotaciones y empresas agrarias. De aquí la llamada de atención que, en términos imperativos, se hace a los poderes públicos, en nuestro ordenamiento jurídico por la norma fundamental (art. 130.1 CE), en orden “a la modernización y desarrollo” con especial mención de la agricultura y la ganadería; así como en el Derecho comunitario europeo, por el Tratado de la Comunidad Europea (arts. 32 a 38, en la versión consolidada de 2001, sobre la PAC), para asegurar no solo objetivos económicos sino también sociales (protección de los agricultores y sus familias, así como de los consumidores, exigiendo la seguridad y calidad de los alimentos).

En suma, el interés general de la comunidad, que fundamenta la función social de la propiedad, ha de interpretarse en este más amplio contexto jurídico, que impone no solo limitaciones y deberes, también medidas de ayuda y apoyo público para poder atender esos objetivos y necesidades económico-sociales.

Consecuentemente, la regulación estatutaria de la propiedad agraria, en lo que hace a la función social sobre ella recayente, trata de conjugar las restricciones y deberes con la mejora de fincas y explotaciones agrarias, en el ejercicio de las facultades de uso y disfrute de la tierra dedicada a actividades de este tipo (*ius colendi*), incluyendo asimismo en su régimen de incentivos y ayudas públicas, que ese complejo ordenamiento instrumenta a esos efectos, especialmente a nivel europeo (a través de la referida PAC). La faceta restrictiva de la función social de la propiedad agraria incluye una serie de deberes funcionales que suponen una limitación de la voluntad de los titulares de fincas y explotaciones rústicas, en función no solo de la rentabilidad particular sino

también del interés general. En este sentido, y por vía ejemplificativa, cabe resaltar que, en determinados supuestos jurídicos la calificación de una finca como “manifiestamente mejorable” determina para la propiedad ciertas obligaciones legales (Ley 16 de noviembre de 1979); los deberes de conservación y mejora de suelos, mediante planes técnicos (Ley de 20 de julio de 1955); la transformación en regadío de tierras para su aprovechamiento y explotación agraria (Ley de 4 de julio de 1995); así como la aplicación, en su caso, de medidas expropiatorias en casos de incumplimiento de la función social de la propiedad agraria (v. gr. en la aplicación del régimen legal de fincas manifiestamente mejorables, que incluye la posibilidad de expropiar la facultad de uso y disfrute de la finca, mediante su “arrendamiento forzoso”, previsto en la legislación estatal del sector e incluso en la de determinadas CCAA, como Andalucía y Extremadura).

Decimocuarta. Dominio privado y aprovechamiento de la riqueza forestal

Situada también en suelo rural, dos son las características que singularizan a la propiedad forestal en nuestro ordenamiento jurídico: una, su destino, constituido por el que es propio de la riqueza forestal y que fundamentalmente condiciona su aprovechamiento; y la otra, referente a su titularidad dominical, dado que sólo en parte se halla “publicada” como bien demanial, en razón de ser una riqueza natural, aunque en mayor medida la llamada propiedad forestal es de titularidad privada (2/3). De ahí que conforme a un criterio físico, nuestra legislación de montes histórica (1863, 1957) y la actual (Ley estatal 43/2003), define de modo general el concepto de monte como terreno en el que “vegetan especies forestales” (árboles, arbustos, matorrales, y hierbas), con exclusión de los terrenos dedicados al cultivo agrícola, aunque por otro lado amplía el concepto legal (así, incluyendo en él a los terrenos destinados a repoblación o transformación forestal). Concepto legal éste básico y general, que, como tal, vincula a las CCAA que han legislado en la materia (como Aragón, Castilla-La Mancha y Castilla y León, que en sus respectivas Leyes de 2008 las dos primeras y de 2009 la de la última, siguen dicho criterio básico; así como la Ley valenciana de 1993, pese a ser anterior).

La segunda característica, relativa a la titularidad dominical de los montes, determina la clasificación tipológica de éstos y su respectivo estatuto jurídico, según que pertenezcan a entes públicos (montes públicos) o a personas privadas (montes privados). En estos últimos, en cuyo estatuto jurídico, como es lógico, se ha centrado la atención (en el capítulo décimo), supuesto que los públicos, específicamente los bienes demaniales, con determinadas peculiaridades de los montes “comunales” municipales, y su peculiar régimen de titularidad -como bienes extracomercio- y de aprovechamiento por los

vecinos; justifica que, por ello, nos centremos desde nuestra perspectiva en la propiedad forestal privada.

Respecto a ésta, su contenido, el *ius utendi et fruendi* forestal privado, de conformidad a su especial estatuto jurídico, el propietario viene sujeto no sólo en cuanto al destino del monte o terreno forestal, sino también respecto al ejercicio de dichas facultades, a intervención pública –más intensa en los llamados “montes protectores”- de la Administración (autonómica). Por lo pronto, el propietario no puede cambiar el *uso forestal* sin autorización administrativa, y ha de *comunicar* previamente a aquéllas los *aprovechamientos maderables y leñosos*, a realizar conforme a un plan o proyecto técnico; así como respecto a los no maderables, en especial el de pastos, que han de hacerse conforme a los correspondientes instrumentos de gestión o PORF.

El principio de compatibilidad de estas funciones con los valores ambientales y sociales, y no solo económicos, son los que determinan y justifican esta intervención pública. Y no solo ello, sino también la *conservación* de la finca forestal (con el precedente del CC, art. 485, pfs 3 y 5), y la *mejora* de montes. A estos efectos, para la gestión del aprovechamiento, reforestación, etc., el particular propietario podrá celebrar con otras personas o entidades privadas, contratos de naturaleza civil (arrendamiento de servicios o de obra: art. 1544 y concordantes del CC), así como constituir derechos reales de vuelo y de usufructo (art. 485 CC); sin perjuicio de la posibilidad de celebrar “convenios” con la Administración para la repoblación forestal, mediante la cesión a ésta de terrenos, con o sin constituir derechos reales, a cambio de participar en los beneficios que se obtengan de las masas arbóreas creadas.

Y respecto al *ius disponendi* del propietario particular, esta facultad puede venir limitada por el ejercicio de derechos reales de adquisición preferente, en caso de transmisión onerosa, que en determinados supuestos de tanteo o retracto legal ostenta la Administración titular del monte colindante o del que contiene el enclavado.

Decimoquinta. Función social y ecológica de la propiedad forestal

En cuanto riqueza natural, y dada la multiplicidad de funciones que cumple, el interés general de la riqueza forestal es evidente dados los beneficios que los montes y bosques proporcionan a la comunidad e incluso del equilibrio ecológico. Esto con independencia de la titularidad dominical de los terrenos forestales. De aquí que este estatuto jurídico establezca, como principio básico, la función social que ha de cumplir la riqueza forestal “independientemente de su titularidad” (Ley estatal 43/03, art. 4.1), lo que implica la imposición de determinados límites, restricciones y deberes legales, como tales limitativos de la propiedad privada forestal y, por ende, de las facultades que contiene, en razón del interés general, no solo económico y social, sino también ambiental. De donde la conexión de la función social de la propiedad privada (art. 33.2 CE)

con la función ecológica (art. 45.2 CE) que asimismo debe cumplir la riqueza forestal, que no solo ha de conservarse sino asimismo mejorarse.

Por lo pronto, la “delimitación” del contenido normal de la propiedad forestal “de acuerdo con las leyes” –según la flexible fórmula constitucional (art. 33.2)- incluye la *planificación forestal*, instrumentada mediante una serie de planes (de ordenación de los recursos forestales –PORF-, así como de planes y proyectos de gestión de los aprovechamientos forestales; planificación que ha de coordinarse con la regional de ordenación del territorio autonómico, así como con la planificación ambiental, especialmente con los planes de ordenación de recursos naturales –PORN-, prevalentes sobre todos los anteriores.

La instrumentación jurídica de la función social de la propiedad forestal también se realiza, según el estatuto jurídico de ésta, mediante la imposición de limitaciones e incluso de deberes positivos de hacer. Como se ha indicado (capítulo X), el propietario de un monte o terreno forestal no es libre de variar su destino, ni para el ejercicio de sus facultades de goce y disposición, que vienen determinados por las leyes, bien directamente o bien por reenvío a disposiciones o planes e incluso a actos de la Administración. La vinculación de la función social a la ecológica de los espacios forestales condiciona también las facultades de uso y aprovechamiento forestales, a deberes positivos *in faciendo*, de conservación e incluso de mejora de los suelos forestales, reforestar determinados espacios, realizar tratamientos fitosanitarios contra plagas y enfermedades forestales, realizar obras de prevención y extinción de incendios, etc.; sin perjuicio de los apoyos –subvenciones y otros incentivos-, asimismo previstos por la legislación en la materia, dados los intereses generales –no solo económicos y sociales, también ecológicos- implicados en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bibliografía relativa a cuestiones generales sobre el derecho de propiedad privada

ALONSO GARCÍA, R.: “Naturaleza y evolución de la integración europea”, en *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, 2010, Edit. Cívitas-Thomson.

ARIÑO ORTIZ, G.

- “Propiedad, libertad y empresa”, en el vol. colectivo *La empresa en la Constitución Española*, Edit. Aranzadi, 1989.
- *Economía y Estado*, Edit. Marcial Pons, 1993.

AGUDO GONZÁLEZ, J.: “Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria”, *Revista de Administración Pública* nº 185 (2011).

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil. Derecho de bienes. T.III. Vol. I. Parte General y Derecho de propiedad*, 11ª edición. Edisofer. Madrid, 2010.

ÁLVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional. Vol. I. El Estado Constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades*. Ed. Tecnos. Madrid, 1992.

ARAGÓN REYES, M.: “La distribución de competencias ente el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad privada. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87 sobre la Ley Andaluza de Reforma Agraria)”. *Cuadernos y Debates*, nº 10, monográfico Reforma Agraria. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1998.

AA.VV.: *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991.

AA.VV.: *Comentarios a la Constitución socio-económica de España* (dir. Monereo Pérez et alii), Edit. Comares, Granada, 2002.

BASSOLS COMA, M.:

- *Constitución y Sistema Económico*. Ed. Tecnos. Madrid 1985.
- “Legislación urbanística de las Comunidades Autónomas y derecho de propiedad”. *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 110.

BASSOLS COMA, M., y GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos”, en el vol. colectivo: *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*. Ed. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1976.

BAÑO LEÓN, J.Mª.:

- *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida*. Ed. INAP-MAP, Madrid, 1998.
- “El contenido esencial de la propiedad en el contexto del Derecho europeo”, en *Derechos fundamentales y otros estudios, en homenaje al profesor Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. II. 2008.

BARNÉS VÁZQUEZ, J.:

- *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Edit. Cívitas, Madrid, 1988.
- “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado* (dir. J. Barnés), Edit. Tecnos, 1995.

BELLO JANEIRO, D.: “La función social de la propiedad y la Ley de Arrendamientos Urbanos. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1994”, en *Derecho. Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol. III-1 (1994).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:

- *Qué es la propiedad privada*, Edit. La Gaya Ciencia, Barcelona, 1977.
- “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil”, Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho Civil, Oñate, 1983.
- “Comentario a la Sentencia del Pleno del TC 204/2004, de 18 de noviembre, en *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), CCJC, Pamplona, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BERMEJO VERA, J.: “Análisis previo de la expropiación forzosa”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 222 (1990).

BOQUERA OLIVER, J. M^a:

- *Derecho Administrativo*, Edit. Instituto de Estudios de Administración Local, 1983.
- “La limitación de la propiedad urbanística según la Constitución”, *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 118 (1990).

CARRASCO PERERA, Á.: *Relaciones Civiles con Contenido Urbanístico*, Edit. Aranzadi, 1999.

CARRILLO DONAIRE: *Las servidumbres administrativas*, Edit. Lex Nova, 2003

CASAS BAHAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Edit. La Ley, 2008.

CASTÁN TOBEÑAS, J:

- *Derecho Español Común y Foral*, Tomo I. Introducción y Parte General. Vol. I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. 12ª ed. Reus. Madrid, 1988.
- *Derecho Español Común y Foral*, Tomo II. Derechos de cosas. Vol. I. Derechos reales en general. El dominio y la posesión. 14ª ed. Reus. Madrid, 1992.

COLINA GAREA, R.:

- *La función social de la propiedad privada en la CE de 1978*, Edit. Bosch, Barcelona, 1997.
- "Comentario a la S.TC 89/1994, de 17 de marzo", en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 35 (1994).

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*. Ed. Cívitas. Madrid, 1984.

DE COSSÍO, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, II, Edit. Alianza, Madrid, 1975.

DE OTTO Y PARDO, I.:

- *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ed. Ariel, Barcelona 1987.
- "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", en *Derechos fundamentales y Constitución*, Edit. Cívitas, 1988.

DE JUAN ASENJO, O.: *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

DE LOS MOZOS, J.L.:

- "El derecho de propiedad y la Constitución de 1978", en el volumen colectivo *Propiedad, Urbanismo, Derecho Comunitario Europeo y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1986.
- "El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición jurídica". Edit. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1993.

DE PABLO CONTRERAS (coordinador) et alii: *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, Edit. Colex, 2008.

DÍEZ PICAZO, L.:

- *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Edit. Ariel, 1973.
- “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, en *Homenaje al prof. E. García de Enterría*, Edit. Cívitas, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, III, 7ª edición (2005), Edit. Tecnos.

DUGUIT, L.:

- *Las transformaciones del Derecho Público y Privado* (traducción de A. Posada y otros), Edit. Comares, Granada, 2007.
- *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Trad. A. y C. Posada. Ed. F. Beltrán, Madrid, 1921.

ESCRIBANO COLLADO, P.: *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1979.

FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: Comentarios a los artículos 348 y 350 CC, en *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo II, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

FERNÁNDEZ BUJÁN, A.: *Derecho Privado Romano*, 3ª edición, Edit. Iustel, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.: *Las Leyes Orgánicas y el Bloque de la Constitucionalidad*. Ed. Civitas. Madrid, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.:

- “Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico”, *Cívitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 1.
- “La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el Derecho Comparado”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor A. R. Brewer Carías*, tomo III, Edit. Cívitas, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en su *Curso de Derecho Administrativo*, II, Edit. Cívitas-Thomson, 12ª edición, 2011.

GARCÍA PELAYO, M.:

- *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Edit. Alianza Editorial, Madrid, 1982.

- “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978* (dir. M. Ramírez), Edit. Pórtico, Zaragoza, 1979.

GARRIDO FALLA, F.:

- *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 9ª edición, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- *Comentarios a la Constitución* (comentario al art. 33 CE), Edit. Cívitas, 3ª edición, 2001.
- “El régimen administrativo de la propiedad privada”, *Revista de Derecho Privado*, XLIII, 1959.

GARRORENA MORALES, Á.:

- *El lugar de la ley en la Constitución*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1981.
- *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. Tecnos. Madrid, 1984.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “Indefinición temporal y derecho de propiedad: a propósito de la sentencia Beyeler c. Italia de 5 de enero de 2000”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000.

GROSSI, P.: *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (trad. LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.), Edit. Cívitas, Madrid, 1992.

HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, Edit. Ariel, Barcelona, 1987.

HERNÁNDEZ GIL, A.:

- *La función social de la posesión*, Edit. Alianza, Madrid, 1969.
- “La propiedad privada y su función social en la Constitución”. *Revista del Poder Judicial*, Nueva época, nº 14 (1989).

HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. P. Cruz Villalón. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.

IBÁÑEZ MACÍAS, A.: “La función social de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 22 (1995).

IHERING, R.:

- *El fin del Derecho*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1978.
- *La lucha por el Derecho*. Vers. Esp. A. Posada. Ed. Civitas, Madrid, 1985.

JIMÉNEZ PARÍS, J.M.: "De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural", en *Diario de La Ley* nº 8106, de 17 de junio de 2013.

JOSSERAND, L.: *Derecho Civil*, tomo I, vol. III, Ediciones Jurídicas de Europa y América, Buenos Aires, 1950.

LACRUZ BERDEJO, J.L.:

- *Elementos de Derecho Civil*. T. I. Parte General del Derecho Civil. Vol. I. Introducción. 3ª ed. Edit. Bosch, Barcelona, 1988.
- *Elementos de Derecho Civil*. T. III Vol. 1. Posesión y propiedad. 3ª ed. Bosch, Barcelona, 1990.

LASARTE ÁLVAREZ, C.:

- *Principios de Derecho Civil*, tomo I y IV, Edit. Trivium, Madrid, 1998.
- "Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad", en *Estudios de Deusto*, vol. XXV (enero-junio de 1977).
- "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1976.
- *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Cívitas, Madrid, 1980.
- *Comentarios a la Constitución española* (Art. 149-1, 2º, 6º, 8º y 9º), dirigidos por O. Alzaga, Tomo XI, Edersa, Madrid, 1988.
- "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. LXX1, nº 2 (agosto 1975).

LEGUINA VILLA, J.: "El régimen constitucional de la propiedad privada", en *Derecho Privado y Constitución*, nº 3 (1994).

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.:

- *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Ed. Tecnos. Madrid 1988.
- En *Comentarios a la Constitución socio-económica de España* (dir. Monereo Pérez et alii), Edit. Comares, Granada, 1992.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, Edit. Tirant lo Banch, Valencia, 2012.

MARTÍN MATEO, R.: "El estatuto de la propiedad inmobiliaria", *Revista de Administración Pública* nº 52 (1967).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *El Derecho Civil a finales del Siglo XX*, Edit. Tecnos, 1991.

MEDINA DE LEMUS, M.: *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

MESSINEO, F.: *Derecho Civil y Comercial*, II, Edit. EJEA, Buenos Aires (1950).

MONTES PENADÉS, V. L.:

- *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo (Un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978)*, Edit. Cívitas, Madrid, 1980.
- *Comentarios del Código Civil (comentarios al art. 348)*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1991.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, V. Vol. 1, Edersa, Madrid, 1992.

MUÑOZ GUIJOSA, M^a A.: *El derecho de propiedad del suelo: De la Constitución a la Ordenación Urbana*, Edit. Cívitas-Thomson, 2008.

NIETO GARCÍA, A.:

- "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en *Estudios en Homenaje a E. García de Enterría*, III, Edit. Cívitas, Madrid, 1991.
- "Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa". *RAP* núm. 38, mayo-agosto 1962. (Reimpresión octubre de 1972).

O'CALLAGHAN, J: *Compendio de Derecho Civil*, I, Edersa, Madrid, 2005.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "La libertad del dominio", en AA.VV., *Propiedad y Derecho Civil*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2006.

PAREJO ALFONSO, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Edit. Ariel, Barcelona, 1992.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derechos Reales, Derecho Hipotecario*, I, Centro de Estudios Registrales, 1999.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derecho Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid, 1984.

PESET REIG, M.: "Acerca de la propiedad en el Code", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n^o 515 (1976).

PUGLIATTI, S.: *La proprietà nel nuovo Diritto*, Edit. Giuffré, Milán, 1964.

REY MARTÍNEZ, F.:

- *La propiedad privada en la Constitución española*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- "Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto 1994.

ROCA GUILLAMÓN, J.: "Codificación y crisis del Derecho Civil", en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

ROCA JUAN, J.: *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*. (art. 7.2). Vol. I. Ed. Tecnos, Madrid, 1977.

RODOTÁ, S.: *Il terribile diritto. Studio sulla proprietà privata*, Bolonia, 1981 (traducido al castellano por L. Díez-Picazo y publicado por Edit. Cívitas, Madrid, 1986).

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, núm. 177, (2008).

RODRÍGUEZ OLIVER, J.M^a: "La consagración constitucional del principio de legalidad como límite para las normas aprobadas por la Administración", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. III. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

RUIZ-GIMÉNEZ, J.: "La propiedad", en *Comentarios a la Mater et Magistra*, Edit. Católica, BAC, 1962.

SAINZ MORENO, F.: *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*, Edit. Cívitas, Madrid, 1976.

SÁNCHEZ CALERO, F.J.: *Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales y Registrales Inmobiliarios*, 3^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SANDULLI, A. M.: "Profili costituzionali della proprietà privata". *Scritti Giuridici. Diritto Costituzionale*. Vol. II. Jovene Editore. Napoli, 1990.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Vol. I. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SAVATIER, R.: "La propiedad del espacio", *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 1 (1967).

THIERS, A.: *De la propiedad*. Trad. J. Pérez. Ed. J. Pérez y compañía. Establecimiento Topográfico de Mellado. Madrid, 1848.

VELASCO CABALLERO, F.: *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Edit. Tecnos, Madrid, 1996.

WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, Enneccerus-Kipp-Wolff. T. III. Vol. I. Derecho de Cosas. Trad. y notas de Pérez González y J. Alguer. Ed. Bosch. Barcelona, 1951.

2. Bibliografía sobre la propiedad urbana

AGUDO GONZÁLEZ, J.: "Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria", *Revista de Administración Pública*, nº 185, 2011.

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, II, 11ª edición. Edisofer. Madrid, 2010.

ALONSO CLEMENTE, A.: "El derecho de superficie y función social de la propiedad", en la *Revista "Práctica Urbanística"*, de Edit. La Ley nº 120 (2013).

ALONSO PÉREZ, Mª Tª:

- *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, Edit. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- "La sobreedificación y la subedificación en la propiedad horizontal", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 58, abril-junio 2005.

ANGOSTO SÁEZ, J.F.: *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Universidad de Murcia, 1998.

ARIÑO ORTIZ, G.: *Economía y Estado*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1993.

ARNAIZ EGUREN, R.:

- *La inscripción registral de actos urbanísticos*, 2ª edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2001.
- "El acceso al Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico", en *Estudios sobre la reforma de la Ley del*

Suelo, Colegio de Registradores-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991.

- "El aprovechamiento urbanístico. La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y transferencia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 621 (1994).

BAÑO LEÓN, J.M^a. :

- *Derecho Urbanístico Común*, Edit. Iustel, Madrid, 2009.
- "El agente urbanizador ante el Tribunal de Justicia" (de la Comunidad Europea), en la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Edit. Iustel, nº 22 (2011).

BASSOLS COMA, M.: *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español 1812-1956*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1973.

CARRASCO PERERA, A.:

- *Relaciones Civiles con Contenido Urbanístico*, Edit. Aranzadi, 1999.
- *Derecho de Contratos*, Edit. Aranzadi-Thomson, 2010.

CARRASCO PERERA A. *et alii*: en *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Edit. Dilex, 5ª edición, Madrid, 2005.

CARRASCO PERERA, A., *et alii*, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3ª edición, Edit. Aranzadi, 2005.

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H.: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, 1998.

DE COSSÍO, A.:

- *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1, Edit. Alianza, Madrid, 1975.
- "La teoría del patrimonio", *Estudios de Derecho Público y Privado* (Homenaje a Serrano y Serrano), Publicaciones de la Universidad de Valladolid, I.

DE FRANCO PAZ: *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2001.

DE LOS MOZOS, J.L.:

- *Estudios sobre Derecho de Bienes*, Edit. Montecorvo, 1991.
- "El urbanismo desde la perspectiva del Derecho Privado". *Revista de Derecho Privado*, XLV (1961).
- *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Edit. Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974.

DE PABLO CONTRERAS et alii: *Curso de Derecho Civil*, III, Edit. Colex, 2008.

DÍEZ PICAZO, L.:

- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Edit. Cívitas, Madrid, 2007.
- "Problemas jurídicos del urbanismo". *Revista de Administración Pública*, núm. 43 (1964).
- "Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística", en *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 23 (1971).
- "Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad". Conferencia pronunciada el 2 de marzo de 1973. Edit. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1973.
- "Propiedad y Constitución", en AA.VV. *Constitución y Economía. (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*. Edit. Centro de Estudios y Comunicación Económica. Madrid, 1977.
- *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado. (Dos esbozos)*. Ed. Civitas. Madrid, 1979.

DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Edit. Tecnos, 7ª edición, vol. III.

ESCRIBANO COLLADO, P.: en *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1979.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.:

- *Manual de Derecho Urbanístico*, Edit. La Ley-El Consultor, 22ª edición, 2011.
- "La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto "Proyecto Scala 2001") y su impacto en el ordenamiento urbanístico español", en *Revista Urbanismo y Edificación* nº 4 (2001), Edit. Aranzadi.
- "De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad", en *El Cronista de Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 0 (2008), Edit. Iustel.

FERNÁNDEZ TORRES, J.R.:

- *Estudio integral de las expropiaciones urbanísticas*, Edit. Thomson-Aranzadi, 2007.
- "La aplicación del sistema de valoraciones de la Ley del Suelo", en el libro con el mismo título (dir. Traiter Jiménez), editado por Atelier, 2011.

FUERTES LÓPEZ, M., en *Urbanismo y Publicidad Registral*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1995

GARCÍA BELLIDO, J. y ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, L.M.: "Transferencia del aprovechamiento urbanístico: fundamentación jurídica de una nueva técnica de gestión", en la *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 65 (1979).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Actuación pública y actuación privada en Derecho Urbanístico", *Cívitas, Revista Española de Derecho Administrativo* nº 1 (1974).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, I, Edit. Cívitas, Madrid, 1979.

GARRIDO DE PALMA, V.M.: "La autonomía de la voluntad en el urbanismo", respecto a la 4ª sesión del 11º Congreso Notarial Español, en *Diario La Ley*, nº 7741, de 22 de noviembre de 2011.

GÓMEZ MANRESA, F. y DEL OLMO ALONSO, J.: "Aspectos generales de la contratación pública en el sector urbanístico", *Revista Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 268 (2011).

GONZÁLEZ PÉREZ, J.:

- *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, Edit. Cívitas, Madrid, 1993.
- *Comentarios a la Ley del Suelo, la Ley 8/2007, de 28 de mayo*, I, Edit. Cívitas, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ SALINAS, J.: "Las plusvalías urbanísticas: sistematización del alcance del artículo 47 de la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, II, Edit. Cívitas, 1991.

HUMERO MARTÍN: "Criterio general de valoraciones en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo", en *Revista Urbanismo y Edificación*, de Aranzadi, nº 16.

JIMÉNEZ LINARES, M^a J.: *El Derecho al Aprovechamiento Urbanístico*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997.

LASARTE ÁLVAREZ, C.:

- *Principios de Derecho Civil*, IV, Edit. Trivium, 1998.
- "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada". *Separata Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. LXXII, núm. 1, enero 1976.

LASO MARTÍNEZ, J. L.: *Derecho Urbanístico*, Edit. Montecorvo, III, 1982.

LASO MARTÍNEZ, J. L. y LASO BAEZA, V.: *El aprovechamiento urbanístico*, Edit. Marcial Pons y Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, 1995.

LOBATO GÓMEZ, J.M.: *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1989.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.:

- *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1995.
- "El contrato y el aprovechamiento urbanístico", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX (2007).

LÓPEZ PELLICER, J.A.:

- "La función social de la propiedad inmueble en el orden urbanístico", en Libro *Homenaje al Profesor J. ROCA JUAN*, Universidad de Murcia y Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, 1989.
- "Condicionamiento de las licencias urbanísticas", en *Revista de Derecho Urbanístico* nº 85 (1983).
- "Sobre el nuevo régimen de valoraciones de suelo", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 177(2000).

LÓPEZ PELLICER, J.A. et alii: *La Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia* (2ª edición). Edit. DM, Murcia, 2009.

LÓPEZ PELLICER, J.A. y PÉREZ ALCARAZ, S.: *Derecho Urbanístico de la Región de Murcia*, Edit. DM, Murcia, 2006.

LLISET BORRELL, F.: "La propiedad urbanística, con especial referencia a la Ley de Urbanismo en Cataluña", en *Administración Local. Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, Edit. La Ley- El Consultor, 2011.

LLORENS FERRER, M.: "La evolución histórica de las valoraciones de suelo en el Derecho Urbanístico Español contemporáneo", en *La aplicación del sistema de valoraciones de la Ley de Suelo* (dir. Trayter Jiménez), Edit. Atelier, 2011.

MARTÍN BLANCO, J.: *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1964.

MARTÍN MATEO, R.: "La plusvalía. Estudio de Derecho comparado", en *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 68 (1980).

MATHEU DELGADO, J.A.: *Derechos de vuelo y subsuelo*, Edit. Dykinson, Madrid, 2011.

MEDINA DE LEMUS, M.: *La propiedad privada y el aprovechamiento urbanístico*, Edit. Colegio de Registradores, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

MENÉNDEZ REXACH, A: "La propiedad en la nueva Ley del Suelo", *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994.

MERELO ABELA, J. M.:

- *Régimen jurídico y gestión del suelo urbano y urbanizable*, Ciis-Praxis, Wolters-Kluwer, 2000.
- "Las transferencias de aprovechamiento urbanístico", en *Administración Local. Estudios en Homenaje a A. Ballesteros*, Edit. La Ley-EC, 2011.

MORALES MORENO, A.M.:

- "Claves de la modernización del Derecho de obligaciones", *Diario La Ley* 29 de diciembre de 2011.
- "Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos", en *Anales de Real de Jurisprudencia y Legislación*, el día 11 de abril de 2011. (Comunicación presentada al Pleno de esta RA el día 11 de abril de 2011.

MUÑOZ GUIJOSA, M^a A.: *El derecho de propiedad del suelo. De la Constitución a la Ordenación Urbana*, Edit. Cívitas-Thomson, 2009.

NUÑEZ LAGOS, F.: "El aprovechamiento urbanístico y su transferencia", en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1993.

PAREJO ALFONSO, L.: "La propiedad urbana", en J. BARNÉS VÁZQUEZ (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995.

PAREJO ALFONSO, L., y ROGER FERNÁNDEZ, G.: *Comentarios a la Ley del Suelo (Ley 8/2007)*, Edit. Iustel, 2007

PERALES MADUEÑO, F.: "La reforma de la Ley del Suelo", *Revista de Derecho Urbanístico* n^o 49 (1976).

PÉREZ DE ONTÍVEROS: *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2003.

PÉREZ PÉREZ, E.: *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Edit. Bosch, 2^a edición, 2004.

PLANA ARNALDOS, M^a del C.: *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2002.

PRETEL SERRANO, J.J., "Aspectos materiales y registrales de la reforma de la Ley del Suelo", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXIII, Edersa, 1993.

RODRÍGUEZ SANTIAGO, J.M.: "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la CE", *Revista de Administración Pública*, nº 177, 2008.

ROMERO ALOY, M^a J.: "La zonificación urbanística. Algunas innovaciones", *Revista Práctica Urbanística, La Ley*, nº 109 (2011).

SAINZ MORENO, F.: "El subsuelo urbano", *Revista de Administración Pública*, nº 122 (1990).

SAN JULIÁN PUIG: *El objeto del contrato*, Edit. Aranzadi, 1996.

SÁNCHEZ GOYANES, E.:

- *Derecho Urbanístico de Cataluña* (dir.), Edit. La Ley-El Consultor, 2009.
- "La propiedad inmobiliaria en la nueva Ley estatal del Suelo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 701, mayo-junio 2007, págs. 1255 y ss.
- "Hacia la redelimitación del derecho de propiedad en el Ordenamiento español", *Revista de Estudios Locales* núm. 90, 2006, págs. 10 y ss.
- "La configuración estatutaria de la propiedad del suelo. Concurrencia competencial para su integración. Clasificación categorización y calificación", *Revista de Estudios Locales*, núm. extra julio 199, págs. 7 y ss.

SANTOS DÍEZ, R.:

- "Las técnicas para el reparto equitativo de las cargas y beneficios derivados del planeamiento", en *Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana* (dir. E. Sánchez Goyanes), Edit. La Ley-EC, 2006.
- "Técnicas equidistributivas de beneficios y cargas", en *Derecho Urbanístico de Castilla-La Mancha* (dir. E. Sánchez Goyanes), Edit. La Ley-EC, 2011.
- "Las técnicas para el reparto equitativo de las cargas y beneficios derivados del planeamiento", en *Derecho Urbanístico de Andalucía* (dir. E. Sánchez Goyanes), Edit. La Ley-EC, 2006.

SANTOS DÍEZ, R. y JALVO MÍNGUEZ, J.: "Los coeficientes de ponderación en el cálculo del aprovechamiento tipo y en su desarrollo en el planeamiento pormenorizador", en *Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, Edit. La Ley-EC, 2011.

SERRANO ALBERCA, J.M.: *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

SERRANO LÓPEZ, J.E. (dir.): *Derecho Ambiental en la Región de Murcia*, Edit. Cívitas-Thomson, 2011.

SUSTAETA ELUSTIZA, Á.: *Propiedad y urbanismo. Lo urbanístico como límite del derecho de propiedad*. Ed. Montecorvo. Madrid 1978.

TEJEDOR BIELSA, J.: *Propiedad, equidistribución y urbanismo*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (dir.): "La aplicación del sistema de valoraciones de la Ley del Suelo", Edit. Atelier, 2011.

TORRES LANA, J.A.: *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Edit. Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1975.

VATTIER FUENZALIDA, C.: "Propiedad privada y régimen del suelo", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 611 (1992).

3. Bibliografía sobre la propiedad rústica

3.1. Propiedad agraria

ALONSO GARCÍA, R.: "Naturaleza y evolución de la integración europea", en *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, 2010, Edit. Cívitas-Thomson.

ARNAIZ EGUREN, R.: *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Edit. Marcial Pons, 2001.

BARNÉS VÁZQUEZ, J.:

- *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Edit. Cívitas, Madrid, 1988.
- "La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria Andaluza", en *Revista de Administración Pública* nº 119 (1989).

BERMEJO LATRE, J.L.: "Concentración parcelaria y Ordenación rural", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 13 (1998).

BUENO, M.: "La reforma de las estructuras agrarias en las zonas de pequeña y mediana propiedad en España", *Agricultura y Sociedad*, 7 (1978).

CASAS BAHAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Edit. La Ley, 2008.

COBACHO GÓMEZ, J.A.: "El contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas públicas", en *Derecho de Aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006.

CORRAL GIJÓN, M^a C.: en *La protección registral del suelo rústico*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Notas para el estudio del Derecho Agrario en España*, Anuario de Derecho Civil, t.7.

DE LA CUESTA SÁENZ, J. M^a: "El estatuto jurídico del suelo con destino agrario". *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3 (1994).

DE LOS MOZOS, J.L.:

- "La defensa de las titularidades dominicales, registrales y extrarregistrales, y el procedimiento de concentración parcelaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y Registral*, 1964.
- "La sucesión *mortis causa* en la explotación agraria familiar", en el libro *Operación Jovellanos* (dir. A. Ballarín), Ministerio de Agricultura, Madrid, 2000.

DELGADO DE MIGUEL, J.F.: *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología*. Ed. Aranzadi. Pamplona 1992.

DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Edit. Ariel, Madrid, 1973.

FERNÁNDEZ FARREDES, G.: "Anotaciones a la Ley sobre Fincas Manifiestamente Mejorables (Ley 34/1979, de 17 de noviembre)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Cívitas, nº 27 (1980).

GARCÍA HENCHE, B.: "Características diferenciales del producto turismo rural", en *Cuadernos de Turismo*, nº 15 (2005).

GARCÍA SANZ, A. y SANZ FERNÁNDEZ, J.: La evolución histórica de la "agricultura y ganadería", incluido en *Enciclopedia de Historia de España* (dir. por M. ARTOLA), tomo I, *Economía y Sociedad*, Edit. Alianza, Madrid, 1988.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: "La impugnación y efectos de los actos administrativos dictados en materia de concentración parcelaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 300 (1953).

HERNÁNDEZ GIL, A.: "El concepto de Derecho Civil", en *Revista de Derecho Privado*, 1943.

LASARTE ÁLVAREZ, C.:

- *Principios de Derecho Civil*, IV, Edit. Trivium, 1998.
- "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: Pluralismo de la propiedad privada", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1 (1976).

LÓPEZ CÁNOVAS, Á.: "La evaluación ambiental de planes, programas y proyectos de ordenación territorial y urbanística en la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental de la Región de Murcia", en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, nº 42 (2009).

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.: "Propiedad agraria y Estatuto de Autonomía", *Actualidad Administrativa*, 1 (1990).

LÓPEZ RAMÓN, F.: "Agricultura", en *Derecho Administrativo Económico*, II (dir. S. Martín-Retortillo), Edit. La Ley, Madrid, 1991.

LÓPEZ PELLICER, J.A.: "El llamado mercado del agua en la Ley 46/1999", en *Reflexiones sobre el futuro del agua ante el siglo XXI* (Libro homenaje a E. Pérez Pérez), Consejería de Agricultura-CAM, 2001.

MACHACÓN DÍAZ, F.J.: "La vinculación al uso natural del suelo como elemento determinante para su autorización", en la *Revista Práctica Urbanística*, Edit. La Ley, nº 123 (2013).

NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: "Propiedad privada y Constitución: la forma agraria", Edit. Comares. Granada, 1988.

NIETO GARCÍA, A.: "La agricultura periurbana", en el libro *Derecho Agrario. IV Congreso Nacional*, Ministerio de Agricultura, Madrid, 1995.

OLIVÁN DEL CACHO, J.: "La aplicación de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables y el Tribunal Constitucional. A propósito de la sentencia 42/1989, de 16 de febrero", en *Autonomías*, nº 12.

PÉREZ PÉREZ, E.: *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Edit. Bosch, Barcelona, 2004.

RODRÍGUEZ BARRERA, F.: "Análisis crítico de la vigente Ley española de fincas manifiestamente mejorables", *Agricultura y Sociedad*, nº 27 (1983).

ROCA GUILLAMÓN, J.: *Los terrajes del Altiplano de Murcia: pasado, presente y futuro*, Fundación Centro de Estudios Históricos e Investigaciones Locales de la Región de Murcia, 2011.

RUIZ ARNÁIZ, G.: *Régimen urbanístico del Suelo Rústico, en especial la Construcción de Viviendas*, Edit. La Ley, Madrid, 2006.

RUIZ-RICO, J.M.: "Consideraciones sobre la función social de la propiedad rústica en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables", *Revista de Derecho Privado*, 1985.

SANZ DOMÍNGUEZ, C.: *Régimen jurídico del Turismo en el Espacio Rural*, Edit. Junta de Andalucía (Consejería de Turismo y Deporte), 2002.

SANZ JARQUE, J.J.: *Derecho Agrario*, Fundación Juan March, Rioduero, 1975.

TOMÁS Y VALIENTE, F.:

- *El marco político de la desamortización en España*, Edit. Ariel, Barcelona, 1989.
- "El proceso de desamortización de la tierra en España", en *Agricultura y Sociedad*, nº 11 (1978).

VATTIER FUENZALIDA, C., "Reforma de estructuras y concentración parcelaria", en *Derecho Agrario y Alimentario*, 6-7 (1987).

3.1. Propiedad forestal

DE VICENTE DOMINGO, R.: *Espacios Forestales (su ordenación jurídica como recurso natural)*, Edit. Cívitas, 1995.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A.: Comentario al artículo 485 CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edit. Revista de Derecho Privado (Edersa), tomo VII, vol. 1º, 1992.

ESTEVE PARDO, J.: *Realidades y perspectivas de la ordenación jurídica de los montes (Función ecológica y explotación racional)*, Cívitas, Madrid, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura*, Santander, 1986.

GARCÍA DEL OLMO: "Derecho real de vuelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los árboles respecto a la del fundo", *Revista de Derecho Notarial*, LXVII, 1973.

GARCÍA DE PAZOS, J.A.: Comentario al art. 485 CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edit. Revista de Derecho Privado (Edersa), tomo VII, vol. 1º, 1992.

LEGUINA VILLA, J.: "Las facultades dominicales de la propiedad forestal", en *Revista Española de Derecho Administrativo* (Edit. Cívitas), nº 3 (1974).

LÓPEZ RAMÓN, F.: *Principios de Derecho Forestal*, Edit. Aranzadi, 2002.

MALUQUER DE MOTES, C.J.: Comentario del art. 485 CC, en *Comentarios del Código Civil*, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I.

NIETO GARCÍA, A.:

- *Bienes Comunales*, Edit. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1964.
- *Bienes Comunales de los montes de Toledo*, Madrid, 1991.

PÉREZ ESCOLAR: "Delimitación jurídica de monte", en *Actualidad Civil*, nº 46 (2002).

PIZARRO NEVADO, R.: *Conservación y mejora de terrenos forestales. Régimen jurídico de las repoblaciones*, de Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000.

RIVERO ISERN, E., y SÁNCHEZ BLANCO, A.: "El estatuto jurídico de la propiedad forestal privada", *Revista de Administración Pública*, nº 78.

SANZ JARQUE, J. J.: *Derecho Agrario*, Fundación Juan March, Ríoduero, Madrid, 1975.

JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- Sentencia 11/1981, de 8 de abril.
- Sentencia 27/1981, de 20 de julio.
- Sentencia 32/1981, de 28 de julio.
- Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre.
- Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre.
- Sentencia 83/1984, de 24 de julio.
- Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre
- Sentencia 26/1987, de 27 de febrero.
- Sentencia 37/1987, de 26 de marzo.
- Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre.
- Sentencia 42/1989, de 16 de febrero.
- Sentencia 149/1991, de 4 de julio.
- Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre.
- Sentencia 301/1993, de 21 de octubre.
- Sentencia 89/1994, de 17 de marzo.
- Sentencia 61/1997, de 20 de marzo.
- Sentencia 227/1998, de 29 de noviembre.
- Sentencia 164/2001, de 11 de julio.
- Sentencia 109/2003, de 5 de junio
- Sentencia 152/2003, de 17 de julio
- Sentencia 48/2005, de 3 de marzo.
- Sentencia 137/2011, de 14 de septiembre

2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)

- Sentencia de 10 de junio de 1904.
- Sentencia de 30 de marzo de 1927.
- Sentencia de 14 de febrero de 1944.
- Sentencia de 23 de marzo de 1961.
- Sentencia de 7 de marzo de 1962.
- Sentencia de 24 de enero de 1964.
- Sentencia de 28 de octubre de 1964.
- Sentencia de 2 de junio de 1970.
- Sentencia de 29 de abril de 1970.
- Sentencia de 2 de octubre de 1975.
- Sentencia de 16 de abril de 1979.
- Sentencia de 2 de enero de 1980.
- Sentencia de 10 de noviembre de 1981.
- Sentencia de 19 de octubre de 1982.
- Sentencia de 9 de febrero de 1983.
- Sentencia de 28 de febrero de 1983.
- Sentencia de 13 de julio de 1985.
- Sentencia de 17 de julio de 1987.
- Sentencia de 30 de octubre de 1987.
- Sentencia de 17 de diciembre de 1987.
- Sentencia de 9 de julio de 1988.
- Sentencia de 15 de julio de 1988.
- Sentencia de 19 de diciembre de 1988.
- Sentencia de 29 de septiembre de 1989.
- Sentencia de 31 de diciembre de 1989.
- Sentencia de 5 de marzo de 1991.
- Sentencia de 27 de junio de 1991.
- Sentencia de 4 de julio de 1991.
- Sentencia de 24 de diciembre de 1991.

- Sentencia de 4 de marzo de 1992.
- Sentencia de 24 de mayo de 1992.
- Sentencia de 15 de diciembre de 1992.
- Sentencia de 20 de mayo de 1993.
- Sentencia de 4 de junio de 1993.
- Sentencia de 1 de marzo de 1994.
- Sentencia de 18 de abril de 1995.
- Sentencia de 30 de diciembre de 1995.
- Sentencia de 2 de febrero de 1996.
- Sentencia de 30 de mayo de 1997.
- Sentencia de 16 de septiembre de 1997.
- Sentencia de 31 de octubre de 1997.
- Sentencia de 17 de junio de 1998.
- Sentencia de 23 de junio de 1998.
- Sentencia de 3 de noviembre de 1998.
- Sentencia núm. 51/2000, de 27 de enero.
- Sentencia de 16 de marzo de 2000.
- Sentencia de 3 de diciembre de 2000.
- Sentencia de 2 de febrero de 2001.
- Sentencia de 9 de marzo de 2001.
- Sentencia de 19 de julio de 2002.
- Sentencia de 19 de julio de 2005.
- Sentencia de 24 de octubre de 2005.
- Sentencia de 2 de noviembre de 2006.
- Sentencia de 14 de junio de 2007.
- Sentencia de 12 de noviembre de 2009.
- Sentencia 12 de mayo de 2010.
- Sentencia de 16 de junio de 2011.
- Sentencia de 27 de junio de 2011.

- Sentencia de 30 de junio de 2011.
- Sentencia de 29 de noviembre de 2011.
- Sentencia de 11 de marzo de 2013.

ÍNDICE

PARTE PRIMERA

CUESTIONES GENERALES

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| CAPÍTULO PRIMERO. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: FACTORES QUE BÁSICAMENTE CONDICIONAN LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA INMISIÓN EN ELLA DEL INTERVENCIONISMO PÚBLICO | 11 |
| I. PLANTEAMIENTO INICIAL | 11 |
| II. TIPO DE INTERESES IMPLICADOS: INTERESES PARTICULARES, INTERESES GENERALES E INTERESES PÚBLICOS | 12 |
| III. LA PROPIEDAD PRIVADA ENTRE EL INDIVIDUALISMO Y LA SOCIALIZACIÓN | 16 |
| IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES Y PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA Y SOBRE LAS MODALIDADES Y TÉCNICAS JURÍDICAS EXPRESIVAS DE LA FUNCIÓN SOCIAL..... | 21 |
| 1. La concepción de la propiedad privada, como interés y como derecho. | 21 |
| 2. Evolución posterior: La “función social” del derecho de propiedad privada. ¿Derecho subjetivo o situación jurídica mixta o compleja? | 23 |
| 3. Técnicas jurídicas aplicables para instrumentar legalmente la función social de la propiedad privada. | 25 |
| V. LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, VERTIENTES QUE OFRECE Y FUNCIÓN SOCIAL..... | 28 |
| 1. Reconocimiento constitucional de la propiedad privada..... | 29 |
| 2. La delimitación de la propiedad privada según la función social que ha de cumplir. Cuestiones que plantea (reenvío)..... | 30 |
| 3. La propiedad privada como institución y como derecho..... | 32 |
| 4. La definición y extensión de la propiedad, en general, en el Código Civil (art. 348) y su conexión con el orden jurídico constitucional | 34 |
| 5. La propiedad inmobiliaria y las connotaciones que su régimen implica en nuestro ordenamiento civil (artículo 350 CC y legislación registral) | 37 |

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| VI. RECAPITULACIÓN | 39 |
| | |
| CAPÍTULO SEGUNDO. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA..... | 41 |
| | |
| I INTRODUCCIÓN | 41 |
| II. LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA: CONTENIDO “ESENCIAL” Y CONTENIDO “NORMAL” | 43 |
| 1. El contenido “esencial” del derecho de propiedad privada | 45 |
| A) Métodos a seguir para determinar el “contenido esencial” del derecho | 46 |
| B) Posiciones doctrinales relativas al “contenido esencial” del derecho de propiedad privada..... | 48 |
| 2. Desarrollo legislativo del contenido del derecho de propiedad privada según categorías y tipos de bienes: Contenido “esencial” y contenido “normal” delimitado legalmente..... | 52 |
| A) Fijación de límites y tipos de intereses implicados | 55 |
| B) ¿Forman parte del contenido de la propiedad privada los deberes y cargas impuestas legalmente por el régimen estatutario de determinados bienes en razón de la función social que éstos han de cumplir? | 56 |
| C. De la delimitación legal de la propiedad privada a la expropiación forzosa: el principio de indemnizabilidad por los límites, deberes y cargas de la ordenación legal y supuestos indemnizatorios | 60 |
| III. FACULTADES QUE ESENCIALMENTE INTEGRAN EL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA | 62 |
| 1. Las facultades de uso y disfrute | 63 |
| 2. La facultad de disposición..... | 66 |
| 3. El <i>ius vindicandi</i> | 67 |
| IV. GARANTÍA JURÍDICA DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA: ALCANCE DE LA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEY | 68 |
| V. COMPETENCIAS PÚBLICAS PARA REGULAR EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD PRIVADA | 70 |
| | |
| CAPÍTULO TERCERO. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA..... | 75 |

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| I. DE LA CONCEPCIÓN LIBERAL DE PROPIEDAD PRIVADA A LA FUNCIÓN SOCIAL DE ESTE DERECHO | 75 |
| II. FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA | 78 |
| III. POSICIONES DOCTRINALES RELATIVAS A LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA..... | 81 |
| 1. Doctrina que integra la función social de la propiedad privada en el contenido de este derecho: la propiedad-función jurídica (derecho-deber, derecho-función) | 82 |
| 2. Doctrina que considera a la función social como limitativa o restrictiva del derecho de propiedad privada, aunque variable según la intensidad de dicha función, y que especialmente opera respecto a la propiedad de bienes productivos..... | 84 |
| 3. Posición que se mantiene sobre la función social de la propiedad privada..... | 87 |
| IV. INSTRUMENTACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA | 90 |
| 1. De las clásicas “limitaciones establecidas en las leyes” a la fijación de “límites” para definir el contorno perimetral del derecho de propiedad privada y, de este modo, el alcance de las facultades integrantes del contenido de este derecho..... | 93 |
| 2. Fijación de deberes y cargas que condicionan legalmente el ejercicio de facultades que atribuye la propiedad privada | 96 |
| 3. Fijación de condiciones para el ejercicio de facultades que atribuye la propiedad privada: intervenciones administrativas singulares limitativas de este ejercicio | 98 |
| 4. No indemnizabilidad de las restricciones o limitaciones del derecho de propiedad privada impuestas legalmente en razón de la función social regulada por el correspondiente régimen estatutario (reenvío). Sólo son indemnizables las limitaciones y vinculaciones singulares o específicas..... | 101 |
| V. RECAPITULACIÓN..... | 103 |

PARTE SEGUNDA

CONTENIDO Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD URBANA

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO CUARTO. CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA URBANA (1)..... | 107 |
| I. INTRODUCCIÓN | 107 |
| II. LA PROPIEDAD URBANA EN PERSPECTIVA JURÍDICA | |

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| HISTÓRICA Y REGULACIÓN LEGAL APLICABLE EN EL VIGENTE ORDENAMIENTO | 108 |
| III. EL ESTATUTO CONTENIDO EN EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO | 111 |
| 1. La ordenación jurídica de la propiedad urbana..... | 115 |
| 2. Sumaria referencia a los planes urbanísticos de ordenación. | 120 |
| 3. Facultades integrantes del contenido de la propiedad urbana | 121 |
| 4. Técnicas jurídicas de asignación de usos y edificabilidad a la propiedad inmueble | 125 |
| IV. DINÁMICA DE LA PROPIEDAD URBANA | 127 |
| 1. La propiedad urbana en la fase de ejecución de actuaciones de urbanización | 128 |
| A) Presupuestos jurídicos y técnicos de las actuaciones de urbanización | 129 |
| B) Iniciativa y gestión de la actuación urbanizadora | 130 |
| C) Instrumentos legalmente condicionantes de la urbanización: la reparcelación..... | 134 |
| 2. La propiedad urbana y el “ius aedificandi” | 138 |
| A) La facultad legal de edificar: definición del “ius aedificandi” | 139 |
| B) El “ius aedificandi” y el derecho de propiedad de la edificación construida..... | 140 |
| C) El “ius aedificandi” de la propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico (reenvío) | 143 |
| D) Ejercicio de la facultad de edificar y control administrativo..... | 143 |
| V. RECAPITULACIÓN..... | 144 |
| | |
| CAPÍTULO QUINTO. CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA URBANA (2). EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO | 147 |
| I. CONSIDERACIONES Y CUESTIONES PRELIMINARES | 147 |
| 1. Sobre la incidencia del aprovechamiento de la propiedad inmobiliaria | 149 |
| 2. Sobre la desigualdad en la asignación del aprovechamiento urbanístico al suelo objeto de propiedad privada urbana y la exigencia de su corrección para evitar situaciones de trato discriminatorio entre propietarios | 151 |
| II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y NATURALEZA DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO | 153 |
| 1. El aprovechamiento urbanístico: elementos característicos | |

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| y definición..... | 154 |
| A) El “ius utendi” de la propiedad privada urbana: el “uso” del suelo y de las construcciones y edificaciones | 154 |
| B) La edificabilidad o “intensidad del uso”, elemento cuantitativo del aprovechamiento urbanístico..... | 155 |
| C) La llamada tipología edificatoria | 156 |
| 2. Sobre la naturaleza del aprovechamiento urbanístico: ¿facultad o derecho?..... | 158 |
| 3. Tipología del aprovechamiento urbanístico a efecto de equidistribución y, en su caso, de transferencia de una finca a otra..... | 160 |
| III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA, A EFECTOS EQUIDISTRIBUTIVOS DEL BENEFICIO O UTILIDAD QUE SUPONE | 161 |
| 1. Legislación estatal antecedente reguladora de las técnicas del aprovechamiento urbanístico “medio” y del aprovechamiento “tipo” | 162 |
| 2. La regulación de las técnicas de fijación y reparto del aprovechamiento urbanístico por la legislación de las Comunidades Autónomas | 165 |
| A) Leyes urbanísticas autonómicas inspiradas en la técnica del aprovechamiento medio de la LS/1975-76 (Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña y La Rioja)..... | 165 |
| B) Leyes urbanísticas inspiradas en la técnica del aprovechamiento tipo de la LS/1990-1992 (Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, Navarra y Comunidad Valenciana)..... | 173 |
| C) Leyes urbanísticas autonómicas que, a efecto de equidistribuir el aprovechamiento urbanístico, utilizan otras fórmulas para promediar éste (Madrid, Murcia y País Vasco)..... | 178 |
| IV. ASPECTO ECONÓMICO: EL VALOR DEL SUELO, EN FUNCIÓN DE SU APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO | 181 |
| 1. Ámbito de aplicación del régimen legal en materia de valoraciones de suelo: supuestos que exceptúan el valor “real” normal de éste en el mercado inmobiliario | 184 |
| 2. El aprovechamiento urbanístico en el sistema legal de valoraciones de suelo | 185 |
| 3. La asignación de aprovechamiento urbanístico únicamente a los terrenos integrados en la malla urbana (“suelo urbanizado”) en el vigente sistema legal de valoraciones de suelo | 187 |
| V. RECAPITULACIÓN..... | 189 |

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO SEXTO. CONTENIDO DE LA PROPIEDAD URBANA (3): EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. TRANSFERIBILIDAD Y REGISTRO | 193 |
| I. INTRODUCCIÓN: EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO COMO POSIBLE OBJETO DE TRANSMISIÓN MEDIANTE ACTO O CONTRATO..... | 193 |
| II. SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO PARA MATERIALIZARLO EN LA MISMA FINCA O PARCELA MEDIANTE LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES LIMITADOS | 197 |
| 1. Síntesis del régimen civil aplicable al derecho de superficie | 198 |
| 2. Régimen aplicable al derecho de vuelo, con referencia a la transmisión y materialización del aprovechamiento urbanístico o edificabilidad que el propio derecho real comporta | 202 |
| III. SUPUESTOS DE TRANSFERENCIA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO DE UN TERRENO O FINCA EN PROCESO DE URBANIZACIÓN Y REPARCELACIÓN..... | 204 |
| IV. LA TRANSFERENCIA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO COMO TÉCNICA JURÍDICA UTILIZADA POR LA ADMINISTRACIÓN PARA OBTENER TERRENOS DOTACIONALES EN SUELO URBANO CONSOLIDADO POR LA EDIFICACIÓN..... | 209 |
| 1. Antecedentes | 211 |
| 2. Escasa regulación de las TAUs en la legislación autonómica: Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana..... | 213 |
| V. INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO ENTRE PARTICULARES MEDIANTE CONTRATO..... | 214 |
| 1. Elemento subjetivo: capacidad del transmitente para enajenar el derecho al aprovechamiento urbanístico | 216 |
| 2. Determinación del aprovechamiento urbanístico objeto de enajenación | 217 |
| 3. Referencia a la causa del contrato de transferencia o enajenación de aprovechamiento urbanístico | 219 |
| 4. Título formal de la transferencia de aprovechamiento..... | 221 |
| VI. LA INSCRIPCIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO OBJETO DE TRANSFERENCIA VOLUNTARIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD | 223 |
| A) Tipos de asientos registrales relativos a las transferencias voluntarias de aprovechamiento urbanístico..... | 225 |
| B) Circunstancias que han de hacerse constar en los asientos | |

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| registrales en supuestos de transmisión interparcelaria de aprovechamiento urbanístico | 226 |
| VII. LA HIPOTECA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO..... | 228 |
| | |
| CAPÍTULO SÉPTIMO. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD URBANA..... | 231 |
| | |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 231 |
| II. LA FUNCIÓN SOCIAL EN LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL 37/1987, DE 26 DE MARZO. PLANTEAMIENTO CRÍTICO DE LA DOCTRINA QUE AL RESPECTO SE MANTIENE EN ESTA SENTENCIA, A LA LUZ DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA: ¿FORMAN PARTE LOS DEBERES Y CARGAS URBANÍSTICAS DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA (URBANA)?..... | 235 |
| III. LÍMITES Y DEBERES LEGALES IMPUESTOS A LA PROPIEDAD INMUEBLE URBANA POR LA LEGISLACIÓN DEL SUELO Y URBANÍSTICA EN RAZÓN DE LA FUNCIÓN SOCIAL QUE ESTE DERECHO HA DE CUMPLIR..... | 240 |
| 1. Límites y limitaciones legales..... | 242 |
| 2. Deberes legales de los propietarios de suelo susceptible de transformación urbanística | 245 |
| A) Deberes y cargas impuestos por la legislación estatal de suelo en caso de actuaciones de transformación urbanística | 246 |
| B) Deberes y cargas urbanísticas de los propietarios en la legislación autonómica | 254 |
| IV. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD URBANA EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL..... | 257 |
| 1. Limitaciones legales a los terrenos contiguos al cauce de los ríos | 258 |
| 2. Limitaciones legales de los terrenos contiguos al dominio público marítimo-terrestre | 259 |
| 3. Limitaciones legales impuestas a la propiedad privada de terrenos contiguos a carreteras y vías ferroviarias | 260 |
| 4. Limitaciones legales aplicables a terrenos próximos a instalaciones militares..... | 261 |
| 5. Limitaciones legales establecidas sobre terrenos próximos a los aeropuertos..... | 261 |
| 6. Limitaciones impuestas a inmuebles de propiedad privada por la legislación de patrimonio histórico-artístico, por razón de interés cultural | 262 |
| V. INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS LÍMITES, DEBERES | |

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| Y CARGAS RECAYENTES SOBRE LA PROPIEDAD URBANA, MEDIANTE EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y LA REPARCELACIÓN, EN LA EJECUCIÓN DE AQUÉL | 263 |
| VI. RECAPITULACIÓN | 270 |

**PARTE TERCERA
CONTENIDO Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD
RÚSTICA**

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO OCTAVO. RÉGIMEN Y CONTENIDO DE LA PROPIEDAD AGRARIA | 275 |
|---|------------|

| | |
|--|-----|
| I. INTRODUCCIÓN: LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN EL ÁMBITO RURAL, FUNCIONALIDAD Y PERSPECTIVAS DE CONSIDERACIÓN | 275 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| II. BASES HISTÓRICAS Y CONSTITUCIONALES..... | 279 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| 1. Breve referencia histórica a la propiedad rústica y a la cuestión de la llamada reforma agraria..... | 279 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 2. Marco constitucional de la materia. Competencias estatales y autonómicas referentes a ella | 281 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 3. El complejo régimen estatutario de la propiedad agraria..... | 282 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 4. Incidencia del Derecho Comunitario Europeo | 283 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| III. RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES Y ACTUACIONES QUE TIENEN POR OBJETO LA RACIONALIZACIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS AGRARIAS | 284 |
|--|-----|

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 1. Unidades mínimas de cultivo | 285 |
|--------------------------------------|-----|

| | |
|----------------------------------|-----|
| 2. Retracto de colindantes | 286 |
|----------------------------------|-----|

| | |
|-----------------------------------|-----|
| 3. Concentración parcelaria | 287 |
|-----------------------------------|-----|

| | |
|-------------------------------------|-----|
| 4. Permuta de fincas rústicas | 290 |
|-------------------------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| IV. FACULTADES INTEGRANTES DEL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD AGRARIA | 290 |
|--|-----|

| | |
|----------------------------------|-----|
| 1. La facultad de cultivar | 291 |
|----------------------------------|-----|

| | |
|---|-----|
| 2. En particular, el uso y aprovechamiento de agua para regadío y títulos jurídicos que lo legitiman..... | 293 |
|---|-----|

| | |
|------------------------------------|-----|
| 3. La facultad de disposición..... | 295 |
|------------------------------------|-----|

| | |
|---|-----|
| V. ESPECIAL REFERENCIA AL <i>IUS AEDIFICANDI</i> EN SUELO RÚSTICO. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA A ESTE RESPECTO | 296 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| 1. Régimen de la edificación en suelo rústico –no urbanizable y urbanizable sin sectorizar- en la Región de Murcia | 297 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| A) Posibilidad de construir, en suelo no urbanizable, vivienda unifamiliar vinculada a la explotación agraria..... | 298 |
|--|-----|

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| B) Posibilidad de edificar en suelo urbanizable “sin sectorizar”, vivienda unifamiliar y otro tipo de construcciones con destinos socio-económicos de interés público | 300 |
| 2. Otro tipo de actuaciones complementarias del aprovechamiento tradicional del suelo rústico según su naturaleza, y amparadas por el principio de desarrollo sostenible del medio rural. Los alojamientos rurales | 301 |
| VI. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE FINCAS Y EXPLOTACIONES RÚSTICAS | 303 |
| 1. Régimen aplicable a la inscripción de fincas rústicas en el Registro de la Propiedad | 303 |
| A) Normativa contenida en la legislación agraria..... | 304 |
| B) Normativa contenida en la legislación estatal del suelo..... | 305 |
| 2. Régimen aplicable a la inscripción registral de explotaciones agrarias..... | 306 |
| | |
| CAPÍTULO NOVENO. PROPIEDAD AGRARIA Y FUNCIÓN SOCIAL | 309 |
| | |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 309 |
| II. BASES CONSTITUCIONALES CONDICIONANTES DE LA FUNCIONALIDAD SOCIAL DE LA PROPIEDAD AGRARIA..... | 310 |
| III. INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD AGRARIA | 315 |
| 1. Deberes funcionales relativos a la explotación de fincas rústicas..... | 317 |
| 2. Medidas expropiatorias en caso de incumplimiento de la función social de la propiedad agraria | 318 |
| IV. LA FUNCIÓN SOCIAL EN EL ESTATUTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD AGRARIA | 320 |
| 1. El deber de explotación racional y eficiente de fincas rústicas con destino agrario | 321 |
| A) Conservación y mejora del suelo agrario | 321 |
| B) Transformación en regadío de tierras para su aprovechamiento y explotación agraria | 322 |
| 2. Medidas expropiatorias aplicables en caso de incumplimiento de la función social de la propiedad agraria en el régimen legal de las fincas manifiestamente mejorables. Especial referencia al arrendamiento forzoso de fincas rústicas | 325 |
| A) Supuestos de fincas manifiestamente mejorables | 325 |

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| B) Calificación administrativa de finca manifiestamente favorable | 327 |
| C) Efectos de la calificación de la finca rústica como manifiestamente mejorable | 328 |
| V. RECAPITULACIÓN..... | 329 |
| | |
| CAPÍTULO DÉCIMO. EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN MATERIA FORESTAL..... | 333 |
| | |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 333 |
| II. ORDENACIÓN JURÍDICA Y ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS MONTES DE PROPIEDAD PRIVADA..... | 335 |
| 1. Concepto jurídico de monte..... | 335 |
| 2. Clasificación legal de los montes o terrenos forestales. Estatuto de los montes privados..... | 339 |
| III. APROVECHAMIENTO, CONSERVACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS MONTES DE PROPIEDAD PARTICULAR..... | 341 |
| 1. Los aprovechamientos forestales | 342 |
| 2. Conservación y mejora de montes | 344 |
| 3. Supuestos de figuras contractuales, con especial referencia a las que tienen por objeto la reforestación de montes de particulares. Tipos de contratos: Consorcios y convenios, con referencia al ordenamiento civil | 346 |
| 4. El usufructo de montes | 349 |
| IV. LÍMITES A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL PROPIETARIO: DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN CASO DE TRANSMISIÓN ONEROSA. SUPUESTOS DE TANTEO Y RETRACTO LEGAL..... | 351 |
| V. FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD FORESTAL | 352 |
| 1. La delimitación del contenido normal de la propiedad forestal mediante la planificación..... | 354 |
| A) Planificación forestal vinculada y coordinada con la planificación territorial | 354 |
| B) Planificación específica de la gestión de aprovechamientos forestales..... | 357 |
| 2. Limitaciones y obligaciones <i>in faciendo</i> | 359 |
| VI. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE MONTES O FINCAS FORESTALES PRIVADAS Y DE DERECHOS REALES..... | 361 |
| VII. RECAPITULACIÓN | 362 |

| | <u>Pág.</u> |
|-----------------------------|-------------|
| CONCLUSIONES | 365 |
| BIBLIOGRAFÍA | 389 |
| JURISPRUDENCIA | 411 |