

VII. EL REGIMEN DEL SUELO

LA TRAYECTORIA DEL DERECHO DE EDIFICAR

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁSQUEZ

Profesor de Derecho Administrativo,
Universidad de Barcelona, España.

I. LOS DERECHOS DE EDIFICAR Y URBANIZAR DESDE UNA PERSPECTIVA HISTORICA

Aunque el derecho de propiedad sobre inmuebles fue entendido siempre —y lo sigue siendo en nuestros códigos civiles— como un poder ilimitado de goce y disposición sobre todas las utilidades y aprovechamientos de que el terreno fuese susceptible, así como de todo lo que estaba debajo de la superficie hasta el centro de la tierra y sobre el vuelo hasta los astros en una proyección indefinida de aquélla, la realidad es que desde el mismo Derecho Romano, el derecho de edificar en núcleos urbanos se ha sujetado a prescripciones-objetivos limitadoras, y el derecho a urbanizar, a hacer una ciudad de forma consistente y planificada, no era propiamente una facultad individual reconducible al derecho de propiedad, sino más bien un poder público sujeto a concesión.

La técnica más elemental y primigenia que impide la urbanización por la sola voluntad de los particulares es en el Derecho Romano la calificación de los terrenos conquistados como *age publicus* y la necesidad de sujetar la fundación de colonias de nueva planta a una Ley votada por el Senado. Dicha Ley hacía la división de las tierras, señalaba el trazado de las calles y del *forum* o plaza central y delimitaba el perímetro de la ciudad, asignando a los colonos las respectivas parcelas.

Estas técnicas públicas de intervención se continúan en la Repoblación de la Marca Hispánica por Carlomagno y Ludovico Pio, que regulan la ocupación de nuevas tierras por medio de preceptos reales o "capitulares" de acuerdo con el principio romano de que los *bona vacantia* pertenecían al Fisco y que era el príncipe quien debía cederlos a sus súbditos con fines repobladores.

En la Baja Edad Media predomina la iniciativa pública en el proceso urbanizador, exigiéndose un fuero o carta-puebla para fundar en un territorio. Aparece asimismo el Repartimiento, instrumento urbanístico, mediante el cual unos oficiales reales —partidores o divisores— proceden a la partición y entrega de lotes de terreno, operación sujeta a la posterior aprobación real. En fueros castellanos y cartas de población catalanas se incluyen disposiciones concretas referentes a la urbanización de los nuevos núcleos de población: superficie de las parcelas, trazado y anchura de las calles, de la plaza mayor, fortificaciones, etc.

La creación de ciudades, el derecho de urbanizar, es asimismo configurado en la Legislación de Indias, como un deber del conquistador y una potestad pública más que como una consecuencia del dominio privado de la asignación de las tierras. Así, en las ordenanzas para nuevos descubrimientos y fundaciones de Felipe II (1573), se obliga a capitular el tiempo en que el adelantado deberá fundar, erigir y poblar “por lo menos tres ciudades y una provincia de pueblos sufragáneos”, precisándose las características físicas, geográficas, acceso, etc., que deberán reunir los terrenos con las “calidades de esta Ley” entre las que destaca las siguientes:

- “Cuando hagan la planta del lugar, repártanlo por sus plazas, calles y solares a cordel y regla, comenzando desde la plaza mayor y sacando desde ella las calles a las puertas y caminos principales, y dejando tanto compás abierto que aunque la población vaya en gran crecimiento, se pueda proseguir y dilatar en la misma forma” (Ley I, título VII, Lib. 10 de la Recopilación de Leyes Indias).
- Se regula asimismo el sitio, tamaño y disposición de la plaza, forma de las calles y disposición de las casas, la distancia que deben guardar las casas de las murallas y los terrenos que deben reservarse para el uso normal.

La iniciativa pública en la fundación de nuevas ciudades vuelve a aparecer en la colonización de diversas zonas de Andalucía en el siglo XVIII, con la publicación en 1767 del Decreto de Carlos III para poblar el paso de Sierra Morena entre el Viso y Bailén y el camino entre Córdoba y Ecija, regulándose el régimen y procedimiento a seguir en el Fuero de las Nuevas Poblaciones.

Estos elementales datos históricos prueban que el derecho a urbanizar entendido más allá del simple derecho a edificar, como la facultad de planificar la creación de ciudades o nuevos núcleos habitados, como ocurre en las actuales urbanizaciones de iniciativa privada, no ha sido nunca una facultad inherente y reconocida en el derecho dominical sobre bienes inmuebles, dejando a la discreción y arbitrio de su titular. El derecho de propiedad sólo legitimaba la

edificación en fundo propio, sin limitaciones en zonas rústicas, en el campo, y con limitaciones en lo relativo a ocupación de espacio y alturas en los núcleos habitados presentes ya en el Derecho Romano desde la época imperial y que se recogen en el Código Justiniano (8, 10, 12), para otorgarse después como prescripciones de las ordenanzas municipales.

En consecuencia, no es una novedad jurídica el que la moderna legislación urbanística reserve al Estado la planificación de nuevas ciudades o sujete a concesión o autorización administrativa el proceso urbanizador previo a la actividad edificatoria *strictu sensu*. Al hacerlo no está introduciendo una limitación en el contenido tradicional del Derecho de propiedad, que nunca incluyó la creación en fundo propio de nuevos pueblos y ciudades, la puesta en pie de organizaciones públicas, la ordenación del territorio, clara potestad pública desde los orígenes mismos de nuestra civilización.

Ahora bien, en el urbanismo moderno la prohibición de crear nuevos núcleos de población por la sola voluntad de los propietarios se convierte en una necesidad apremiante como respuesta a la revolución y progreso de las técnicas constructivas y la acumulación de recursos financieros que multiplican las posibilidades de la urbanización hasta límites no imaginables en épocas precedentes en las que la ciudad es fruto de un lentísimo espontaneísmo social o de un acto de poder público. Ese nuevo poder fáctico de la propiedad queda compensado con legislaciones urbanísticas que actúan a modo de anticonceptivo que tratan de limitar los excesivos frutos que se derivan de la actuación del *ius edificandi*, que amenaza la destrucción del medio ambiente y que a la postre puede crear condiciones de vida infrahumanas. De la misma manera, pues, que el control de natalidad es en cierto modo una respuesta equilibradora del progreso de la medicina, que ha terminado prácticamente con la mortalidad infantil, las prohibiciones y limitaciones de urbanizar sin más títulos que el derecho de propiedad, son la compensación a un progreso técnico de la construcción y de la utilización natural no evolutiva, del derecho de propiedad. La reforma de éste, pues, para impedir que el abuso de la facultad de edificar se transformara en derecho a urbanizar, a crear unos núcleos de población, a crear pueblos y ciudades, era absolutamente necesario en la segunda mitad de nuestro siglo.

II. LA REGULACION DE LOS DERECHOS DE URBANIZAR Y EDIFICAR EN LA LEY ESPAÑOLA DE 1956

Singularidad notable de la Ley española de 1956 —por no estar recogida en la legislación francesa e italiana de entonces, de las que se toman otras técnicas— es la de haber impuesto una clasificación de todo el suelo del territorio nacional, que opera, vinculada al principio del planeamiento, pero también por encima de él y en su defecto, y que permiten todavía hoy —después de

la Reforma de 1975— afirmar que en el Derecho español existen no una, sino varias clases de propiedad en función de la operatividad en ellas de los derechos de urbanizar y edificar.

Separar ambos conceptos nos parece, en todo caso fundamental, pues, efectivamente, una cosa es el *ius edificandi*, levantar una construcción, aisladamente en el propio fundo, hipótesis contemplada por el Derecho histórico como un supuesto general y normal de la utilización de la propiedad, y otra muy diversa la posibilidad de que la técnica y la economía moderna han generalizado en el sector privado de levantar de la noche a la mañana nuevos núcleos de población, lo cual ciertamente no fue contemplado ni admitido históricamente como posibilidad real del derecho de propiedad, según hemos referido.

Pues bien, sobre el manejo y combinación de ese par de conceptos, urbanizar y edificar, se diseñó la clasificación del suelo en la Ley española de 1956.

En primer lugar, destaca el concepto del *suelo urbano*, caracterizado por ser un suelo urbanizable, si no ha sido ya, y edificable una vez urbanizado. En ese sentido, la Ley de 1956 lo definía como el suelo así calificado en el plan, o, en su defecto, como el suelo comprendido dentro del perímetro del casco de la población. Este suelo es edificable en los términos del plan, una vez que ha sido urbanizado y el terreno cuenta con determinados servicios (agua, electricidad, saneamiento, aceras, etc.).

En el *suelo de reserva urbana*, por el contrario, no es por propia decisión del propietario ni urbanizable ni edificable. Se trata de un gran reservatorio de terreno definido por el plan, en torno a los núcleos habitados para actuar a través de la planificación y decisión pública la acción que la legislación anterior había definido como de ensanche de poblaciones. Sobre este suelo sólo se permiten construcciones de carácter provisional y precaria que habían de demolerse cuando el Ayuntamiento lo ordenase sin derecho a indemnización.

El terreno municipal restante, que no era suelo urbano ni de reserva urbana, se denominaba *suelo rústico* y se calificaba de no urbanizable pero edificable dentro de los límites máximos establecidos en la Ley, a saber: el de un metro cúbico por cada cinco metros cuadrados de superficie que podía ser ampliado para construcciones agrícolas o bien para otros fines sociales, asistenciales, educativos, sanitarios o turísticos. Consecuentemente con el carácter no urbano del suelo rústico, la negación del derecho a urbanizar se hace explícita en la Ley al prohibir la formación de núcleos de población y la obligatoriedad de que los tipos de construcciones sean adecuados a su condición aislada, sin las características de las zonas urbanas, prohibiéndose la construcción de bloques de pisos con grandes medianerías al descubierto.

En esta clasificación, vista ahora desde la perspectiva que dan los años de su aplicación, faltó un cuarto término. Nos referimos al *suelo ya edificado de los núcleos urbanos*, suelo que fue englobado juntamente con el suelo urbano, pero que debió haber sido objeto de una regulación específica, tendiente a la congelación de la facultad edificatoria ya ejercitada. Si así se hubiera establecido, los viejos cascos y edificios venerables de las bellísimas ciudades españolas no hubieran sido destruidas por un fenómeno especulativo amparado en la consideración de este suelo como suelo urbano edificable, según las previsiones de los nuevos planes de urbanismo, que sustituyeron a las viejas ordenanzas municipales de construcción, superando las medidas de volumen y las alturas tradicionalmente observadas.

Aparte de esta catástrofe, imputable en parte a una falta de previsión legal expresa, y en parte al irresponsable comportamiento de los constructores y de los nuevos planificadores, hay que anotar en el orden práctico que el esquema legal que impedía la urbanización y edificabilidad del suelo de reserva urbana, así como la urbanización del suelo rústico, no fue puntualmente observada. A través de planes parciales de iniciativa particular se domiciliaron en uno y otro urbanizaciones privadas, se crearon núcleos habitados que no respondían en suelo de reserva urbana a las necesidades de ensanche de las poblaciones y que en suelo rústico rompieron el limitado espontaneísmo edificatorio que el legislador había imaginado.

Analizadas estas soluciones desde la perspectiva de la garantía constitucional de la propiedad, parece obvio que ni la regulación del suelo urbano, ni la del suelo rústico, comportarán una merma substancial de lo que venían siendo los aprovechamientos constructivos tradicionales de la propiedad urbana o de la rural. Y si bien es cierto que al suelo urbano se le impusieron diversas vinculaciones, como deberes positivos de hacer (obligación de edificar) contribuciones temporales de construir (exigencia de que el terreno reúna la condición de solar), ninguna de ellas afectó al núcleo substancial del *ius edificandi*, ya que estas limitaciones en mayor o menor medida, estaban en las ordenanzas municipales de construcción, en la anterior legislación de ensanche y reforma interior de poblaciones y registro de solares, o se asemejan a las contribuciones especiales o a otras figuras tributarias.

El régimen jurídico que no se correspondía, sin embargo, con la regulación tradicional de la propiedad, que vulneraba la garantía constitucional, lo constituía el suelo de reserva urbana, sujeto a una rigurosa inedificabilidad. Esta grave limitación, no daba derecho a indemnización, puesto que según la Ley, "la ordenación del uso de los terrenos se consideraban meras limitaciones y deberes del contenido normal de la propiedad" (Art. 70 aplicable al suelo de reserva

urbana) y, en principio, sólo parecía indemnizable la inedificabilidad del suelo urbano por plazo superior a diez años (Art. 56).

¿Era o no constitucionalmente admisible esta limitación, que infringía, además de despojar al propietario del *ius aedificandi*, el principio de igualdad? La cuestión no se planteó en el Derecho español, quizás porque ese régimen del suelo de reserva urbana no se llegó a aplicar en sus estrictos términos legales y sobre el que fue así calificado se edificó al menos en los límites establecidos para el suelo rústico, urbanizándose y edificándose a través de planes parciales.

Sin embargo, la compatibilidad de los vínculos indefinidos de inedificabilidad sin indemnización con la garantía institucional del Derecho de propiedad se ha convertido en un problema clásico de Derecho urbanístico resuelto por la Corte Constitucional italiana en una de las más famosas sentencias de su historia y a la que dedicaremos especial atención, tras situar brevemente las líneas maestras de la regulación legal del *ius aedificandi* en el Derecho italiano.

III. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD Y VINCULOS DE INEDIFICABILIDAD. LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA Nº 55, DE 1966

La Ley urbanística italiana Nº 1.150 de 1942, a diferencia de la Ley española de 1956, no estableció unas categorías generales del suelo con régimen jurídico diferenciadas en función de la mayor o menor virtualidad del *ius aedificandi*, pero en la práctica generó el mismo problema a que dio lugar la categoría del suelo de reserva urbana en nuestro país: ¿es lícita la práctica privación del derecho de edificar sobre zonas determinadas sin cumplir con el requisito de la indemnización que aquella privación comporta? La cuestión se suscitó como consecuencia de la aplicación del artículo 7º de la Ley, que al regular los efectos y contenidos de los planes, permite establecer áreas o zonas no edificables; del artículo 11 que declaraba la vigencia indefinida de los planes generales; y por último del artículo 40 que afirmó la regla de la no indemnización al propietario los vínculos de zona establecidos en los planes.

Curiosamente, después de más de veinticuatro años de vigencia, la licitud de este sistema se sometió al juicio de la Corte Constitucional la cual, en la citada sentencia, hizo explícito un largo razonamiento que por su indudable interés trataremos de exponer en sus líneas maestras.

En primer lugar, la Corte constata que la legislación urbanística considera que los bienes inmuebles, de acuerdo con la tradición, pertenecen a su propietario con los atributos inherentes a sus posibilidades de actuación, según se demuestra con la vigencia de la regla de que cuando por motivos urbanísticos se origina una transferencia coactiva, los propietarios tienen derecho a ser

compensados con una indemnización equivalente al valor venal del bien. Ahora bien, para evitar el desordenado arbitrio del particular y disciplinar el ejercicio del derecho y para dar orden y armonía a los centros habitados, la propiedad en cuestión se sujeta a algunos límites, en relación a la función propia de ésta. Entre esos límites compatibles con el sistema de la propiedad son legítimos aquellos que son conexos o connaturales con dicha propiedad, en cuanto tienen por fin una disciplina de la edificación urbana en sus múltiples aspectos (inherentes a la edificación de intensidad, extensiva o voluntaria, al decoro o similares). También entre los límites legítimos, en cuanto connaturales con aquellas exigencias, se encuentran los de sujeción o vínculos de inedificabilidad por duración limitada de los planes particulares.

Pues bien, centrado el problema de esta forma, y a los fines del juicio de constitucionalidad, la Corte estimó que no podrían considerarse como expropiaciones las limitaciones que consisten en la fijación de índices de edificabilidad de las propiedades inmobiliarias, aun cuando tales índices puedan considerarse particularmente bajos (como en el caso de edificios urbanos extensivos, del tipo de construcciones rodeadas de amplios o predominantemente espacios verdes). Aun estando establecidas en relación con bienes particulares, tales limitaciones han de ser consideradas como operadas sobre la base de aquel carácter tradicional o connatural de las áreas urbanas, basado sobre aquellas exigencias de orden natural y existencia de dicha edificación.

Ahora bien, el artículo 7º de la Ley Urbanística de 1942 —según la sentencia— contempla un complejo de imposiciones, entre las que están comprendidas, sea hipótesis de vínculos temporales (de duración limitada), preordenadas a las sucesivas (pero inciertas) transferencias del bien por razones de interés general, sea hipótesis de vínculos que consistiendo la titularidad del bien, están destinados a operar una escisión profunda más allá de los límites naturales sobre la facultad de utilización existente en el momento de la imposición, todo ello sin la previsión de indemnización y, además, con una previsión contraria, tanto en el caso de vínculos temporales, dispuestos en relación a transferencias de propiedad diferidas (pero inciertas en *an* y *quando*), cuando en el caso de vínculos definitivos inherentes a la propiedad no destinada a ser transferida.

En definitiva, el fallo de la Corte se concreta en la ilegitimidad por contradicción con el artículo 42, párrafo 3º de la Constitución ("la propiedad privada puede ser expropiada en los casos que prevé la ley, y salvo indemnización, por motivos de interés general") de las normas denunciadas, limitadamente a la parte en la cual consiste, sin indemnización, limitaciones temporales o definitivas de derechos reales, de contenido expropiatorio e inmediatamente operativo.

A pesar de lo dicho, resultaría erróneo caracterizar esta sentencia como una defensa cerrada del derecho de propiedad que impidiera toda reforma legislativa orientada a imponer limitaciones generales, o incluso a la eliminación generalizada del *ius aedificandi*. Por el contrario, la interpretación correcta de aquélla lleva a considerarla, de un lado, como el canto del cisne del viejo sistema, de respeto del *ius aedificandi*, y por otro como un desafío y excitación para que el legislador procediera a una remodelación de la propiedad desde la vertiente de su aprovechamiento urbano. Como señala Predieri, la sentencia se movía en dos direcciones: una de inmediata ilegitimidad de los preceptos que enjuiciaba la Ley Urbanística de 1942; otra de futuro, de reconocimiento de la legitimidad de una Ley que negase la propiedad privada de determinadas categorías de bienes como el suelo, o de la configuración del derecho de edificar como connatural al derecho de propiedad, pero derivado de una concesión pública. Se trataba, pues, en cierto modo, de una *fuga in avanti*, de un *trompe d'oeil* que apuntaba en dirección opuesta a la que se movía la otra alma de la sentencia. En concreto, esa invitación en vías del progresismo legislativo se traslucía en las siguientes afirmaciones de la Corte:

El principio de indemnización no opera en el caso de prescripciones que se refieran a completas categorías de bienes (y que por esto afectan a la generalidad de los sujetos) imponiendo de tal modo a todos los bienes de la categoría sin distinción a un particular régimen de pertenencia. Según los conceptos, siempre más progresistas de solidaridad social, queda excluida una concepción del derecho de propiedad como derecho absoluto e ilimitado sobre los propios bienes, debiéndose por el contrario, entenderlo caracterizado por la posibilidad de ser vinculado en su contenido por un régimen que la Constitución deja al legislador. En la determinación de tal régimen el legislador puede excluir la propiedad privada de determinadas categorías de bienes, como también puede imponer limitaciones en vía general o bien autorizar imposiciones a título particular con diversa graduación y más o menos acentuadas restricciones de la facultad de goce y disposición.

En definitiva, pues, si la sentencia daba una de cal y otra de arena, el legislador ordinario quedaba abocado a tomar medidas contradictorias de defensa, por una parte, del derecho de propiedad y de su debilitamiento en favor de los intereses públicos, de otra. Entre las primeras cabe señalar las Leyes Tampon, llamadas así porque tratan de taponar la brecha abierta por la Corte y dar cumplimiento a su sentencia, que se inician con la Ley de noviembre de 1968 y se continúan con la de 30 de noviembre de 1973, y por las que se sujetan a un límite temporal los vínculos de inedificabilidad establecidos en los planes generales si en el interregno no se aprueban los planes particulares o los proyectos de parcelación. En la segunda dirección, de limitación

profunda al *ius aedificandi*, el legislador va a proceder a una reforma de la expropiación forzosa por razones urbanísticas y actuar directamente frente a aquél, dando paso a una configuración radicalmente nueva. De ello hablaremos, tras una pausa, que nos permitirá analizar una reforma también ambiciosa y previa a la italiana: la de la Ley española de 1975 de reform de la Ley del Suelo de 1956. Dejemos, pues, el Derecho italiano, justo en el momento en que va a producirse un giro copérnico en su legislación urbanística, y retornemos al Derecho español.

IV. EL IUS AEDIFICANDI EN LA LEY 1975, DE 2 DE MAYO DE REFORMA DE LA LEY SOBRE REGIMEN DEL SUELO Y ORDENACION URBANA. LA CONSAGRACION DE LA DESIGUALDAD

La reforma, profunda, de la legislación urbanística española que se hace en 1975, no trae causa, como ha ocurrido con la reforma italiana de 1977, de una cuestión de constitucionalidad, que la larga Exposición de Motivos de la Ley española para nada se plantea. Todo se reduce a justificaciones técnicas, de eficacia del propio sistema, pero sin cuestionar la constitucionalidad de las limitaciones y aun de la supresión radical del *ius aedificandi*, sobre la mayor parte del suelo que, como veremos, se ha de llevar a efecto.

Otra advertencia preliminar antes de entrar en los contenidos materiales de la nueva ordenación: la nueva Ley no comporta una introducción de nuevas técnicas o conceptos. Planes, clases de suelo, obligaciones de hacer, prohibiciones, criterios diversos para valorar las expropiaciones, todo ello está en la anterior Ley, aunque ahora aparece con nombres diversos, con alterados contenidos o en distinto lugar.

Pero fijémonos en el punto que nos ha llamado la atención en relación con su presunta inconstitucionalidad: las clases o estatutos básicos del suelo.

La primera cuestión la regula la Ley en los artículos 77 a 82, distinguiendo cuatro categorías de suelo para los municipios con Plan General Municipal de Ordenación (urbano, urbanizable programado, urbanizable no programado y no urbanizable) y dos para los que no tengan aprobado el Plan (urbano y no urbanizable).

Es suelo *urbano* el que el Plan incluya en esa clase por contar con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, o por estar comprendido en áreas consolidadas por la edificación al menos en dos terceras partes de su superficie, en la forma que el Plan determine. En los municipios sin plan es suelo urbano el que cuenta con aquellos servicios o que estando comprendido en áreas consolidadas por la edificación, al menos en la mitad de su superficie, se incluya en un proyecto de delimitación que ha de aprobar la Comisión Provincial de Urbanismo.

El suelo *urbanizable programado* es el que debe ser urbanizado con arreglo al programa del propio Plan y *urbanizable no programado*, el que pueda ser objeto de urbanización mediante programas de Actuación Urbanística.

Por último, es *suelo no urbanizable* el no comprendido en las categorías anteriores y el que el Plan determine para otorgarle una especial protección en razón de su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus reservas naturales, de sus valores paisajísticos, históricos y culturales o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico. Sobre este suelo, como veremos, no hay posibilidad de urbanizar ni de edificar.

Con posterioridad a la reforma de la legislación urbanística de 1975, la Constitución de 1978 ha introducido dentro de los llamados principios rectores de la vida económica y social la regulación de la propiedad del suelo y de la política de vivienda, lo que supone una importante matización a la nueva fórmula defensiva del derecho de propiedad que consagra ahora el artículo 33:

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 de utilidad pública o social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Por su parte el artículo 49, dentro del capítulo que se refiere, como decíamos, a los principios rectores de la vida social y económica, precisa que:

Todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

A la luz de estos preceptos parece imponerse una respuesta afirmativa sobre la constitucionalidad de la regulación del *suelo urbano*, el cual, a pesar de los condicionamientos legales (cesión de terrenos, para viales, jardines, parques y centros de educación, carga de urbanizar y obligación de edificar, etc.), no solamente tiene unas razonables posibilidades edificatorias, sino que la Ley le atribuye la práctica totalidad de la plusvalía que genera la renta urbana, pese a que la comunidad por medio de las cargas que gravan este tipo de suelo, puede entenderse, como manda el principio constitucional referido, que participa en las que genera la acción urbanística y la renta urbana. Nos encon-

tramos, pues, ante una regulación de la propiedad que responde al sentido liberal, individual de la propiedad, moderada, por lo que se ha venido en llamar la función social de la propiedad.

Juicio similar merece el llamado *suelo urbanizable programado*, cuya edificabilidad se promedia entre los propietarios aunque se sujeta a mayores cargas, como la cesión del 10 por ciento del aprovechamiento medio, y se condiciona a la existencia de un Plan Parcial, cuya aprobación tienen los propietarios derecho a exigir si sus previsiones se ajustan al Plan General, y en los plazos en él previstos.

Sin embargo, no es posible emitir el mismo juicio para la regulación del *suelo urbanizable no programado*, ni para el *suelo no urbanizable*, con idéntica prohibición para ambos, salvo dispensa discrecional de edificación con fines residenciales, y del que ha desaparecido para el propietario la anterior garantía de edificabilidad en la proporción de un metro cúbico por cada cinco metros cuadrados de superficie edificable. En este sentido, debe advertirse que la conversión del suelo urbanizable no programado en suelo urbanizable programado y la consiguiente posibilidad de edificar no es un derecho de los propietarios, sino que depende de la discrecionalidad administrativa, en la que se sitúa la facultad de aprobar un Programa de Actuación Urbanística a través del cual se sitúan ahora las operaciones de urbanismo concertado y que, a diferencia de lo que ocurre con los planes parciales, los propietarios no tienen derecho a exigir su aprobación. Ambos tipos de suelo, además, son justipreciables a efectos urbanísticos por su valor inicial o rústico, sin tener en cuenta ningún tipo de utilización o posibilidad de edificación (Art. 104).

A la vista, pues, de esta regulación y en función del mayor o menor respeto del *ius aedificandi*, puede hablarse de tres tipos de propiedad. La propiedad urbana en primer lugar, y que se corresponde con las categorías de suelo urbano y de suelo urbanizable programado, responde al modelo tradicional, de titularidad privada del *ius aedificandi*, aunque sujeto a vínculos o límites justificados en la función social de la propiedad.

En segundo lugar está la propiedad sobre el suelo urbanizable no programado que es otra realidad muy distinta, caracterizada por la pérdida por su titular de la explotación espacial a efectos edificatorios. Este tipo de aprovechamiento ha sido, pues, socializado, de la misma forma que lo fue históricamente el aprovechamiento de las sustancias minerales mediante la calificación de dominio nacional o dominio público de la riqueza mineral o del subsuelo. Sobre el suelo urbanizable no programado, el Plan General crea expectativas de aprovechamiento urbanístico cuya concreción precisa realizará un Programa de Actuación Urbanística y cuya explotación ha de corresponder, no al propietario,

sino al que resulte beneficiado por una concesión administrativa, que se otorga a través de un concurso público. Se admite también la técnica de la reserva urbanística, análoga a la reserva minera, para cuando la entidad local, Mancomunidad, Agrupación o Consorcio en que intervenga cualquier entidad local, formule un Programa de Actuación Urbanística y acuerde llevarlo a cabo por sí misma (Arts. 215 a 218 del Reglamento de Gestión Urbanística). Los propietarios del suelo urbanizable programado, igual que ocurre con los propietarios de terrenos con sustancias minerales, no tienen siquiera un derecho preferencial al aprovechamiento del suelo. No se trata, pues, de un vínculo de inedificabilidad del suelo, sino de privación, sin indemnización del *ius aedificandi*, en favor del que resulte titular de la concesión urbanística.

Por último, una categoría diversa de la propiedad la constituye la que recae sobre el *suelo no urbanizable*, en el que el aprovechamiento edificatorio urbano o residencial desaparece para cualquier titular, salvo excepciones discrecionales, que no garantizan siquiera el mínimo de la anterior regulación.

En definitiva, pues, sólo las categorías del suelo urbano y urbanizable programado parecen respetuosas con la garantía de la propiedad privada constitucionalmente garantizada, aunque moderada por el límite de respeto a la función social de la propiedad, que permite la reducción de uno de los aprovechamientos, como el *ius aedificandi*, históricamente más esenciales del derecho de propiedad sobre inmuebles. Son, sin embargo, demasiadas las diferencias de estas categorías de suelo con las de suelo urbanizable no programado y no urbanizable —en que la edificabilidad es sustraída al propietario o se crea un vínculo de inedificabilidad indefinido— como para sostener que en estas últimas respetan la garantía constitucional de la propiedad y el principio de igualdad, así como la directriz constitucional de que la legislación se inspire en la regla de impedir la especulación en la utilización del suelo lo que, presupone, a *contrario sensu*, el reconocimiento de una utilización edificatoria normal o no especulativa.

Desde una perspectiva de oportunidad, la regulación del suelo no urbanizable, en cuanto es, además, no edificable (sin la garantía anterior de edificabilidad mínima de un metro cúbico por cada cinco metros cuadrados de superficie edificable), aparece como una medida sin justificación económica, ni urbanística, ni social. Falta de justificación económica y urbanística, en primer lugar, porque supone la supresión gratuita de un aprovechamiento inmobiliario sobre la mayor parte del territorio nacional, aprovechamiento que si se configura muy moderadamente, a través de estándares legales sobre volumetría, superficies mínimas de parcelas, índices de ocupación, equipamientos singulares, vivienda unifamiliar, etc., constituye una importante riqueza a través de la cual se puede desahogar el inevitable y necesario espontaneísmo urbanístico. Socialmente tampoco es razonable, ni justo, privar de ese aprovechamiento, históricamente res-

petado y profundamente arraigado en la conciencia popular, de edificar sobre el propio fundo, en aquellas regiones españolas, fundamentalmente todo el norte y noroeste, entre otras partes de España, en que la propiedad se encuentra muy dividida y repartida entre todas las capas sociales.

Señalemos, por último, que la solución española de 1975 de establecer distintos tipos de propiedad en función de su aprovechamiento urbanístico, no se corresponde con las regulaciones, novedosas y revolucionarias que, muy poco después, se introducirán en el Derecho francés e italiano, según a continuación expondremos.

V. HACIA LA SOCIALIZACION DEL *IUS AEDIFICANDI*. LAS REFORMAS DE 1975 Y 1977 EN LOS DERECHOS FRANCES E ITALIANO

En la misma línea del Derecho italiano, y en oposición a las soluciones españolas, el Derecho francés tampoco estableció unas clasificaciones generales del suelo que afecten a todo el territorio nacional, con definiciones apriorísticas de unos *status* rígidos de la propiedad inmobiliaria, sino que la determinación de los aprovechamientos se remite a dos instrumentos de intervención: a) los esquemas directores de ordenación del territorio que fijan las orientaciones fundamentales tales como destino general de los suelos, el trazado y descripción de las infraestructuras y la organización general de los transportes y emplazamiento de los servicios; b) los planes de ocupación del suelo que determinan el régimen jurídico de éste, precisando los deberes y obligaciones de los propietarios en función de las diversas zonas, urbanas unas, naturales otras (de urbanización futura, ya urbanizada, naturales propiamente dichas caracterizadas por la riqueza agrícola y de protección por razones ecológicas).

En las zonas naturales los vínculos indefinidos de inedificabilidad no pueden, sin embargo, impedir la construcción de cualquier terreno de al menos 1.000 m² con acceso a una vía abierta a la circulación pública y dotada de abastecimiento de agua, así como aquellas parcelas de, al menos 4.000 m² que, aunque carezcan de abastecimiento de agua, tengan acceso a una vía pública.

Es obvio que en esta regulación se producen situaciones de desigualdad notables que llegan a consagrar incluso la inedificabilidad *sine die* de determinados terrenos, cuestión ésta ante la que la legislación (Arts. 160-5 del Código de Urbanismo) y la doctrina han adoptado una actitud resignada y fatalista. Así, el citado precepto rechaza toda indemnización de las servidumbres impuestas por circulación, higiene, estética, altura de los edificios, etc., y la doctrina sin perjuicio de resaltar la injusticia que comporta la desigualdad de aprovechamiento y vínculos urbanísticos, trata de justificarlos con la invocación de las limitaciones inherentes al Derecho de propiedad, y en la insoportable carga que para

los presupuestos públicos comportaría el reconocimiento de las compensaciones económicas a aquellas limitaciones. Por otra parte, se recuerda que la responsabilidad administrativa no se admite con carácter general por los daños ocasionados por los reglamentos regularmente aprobados, salvo que se trate de un perjuicio anormal y especial.

En este contexto, la Ley de 31 de diciembre de 1975, ha venido a introducir un elemento de igualación para todos los propietarios a través de la técnica del *plafond* legal de edificabilidad. En principio se trata de la limitación del *ius aedificandi* a un coeficiente igual para todo el territorio en función de la relación entre la superficie del terreno y la superficie de la construcción (*planchéur*) que se fija en 1 (salvo para París, en que se establece una relación de 1,5). La densidad edificatoria que para cada terreno establece el Plan de Ocupación del Suelo, sólo se podrá utilizar en la medida en que el propietario esté autorizado por el Municipio mediante el pago de una cantidad por la que adquiere la densidad edificatoria que sobre el *plafond* legal de edificabilidad se fija en aquél. Las cantidades así recaudadas mediante la venta de la edificabilidad de los terrenos se afectan a diversas finalidades públicas relacionadas con el urbanismo y la construcción.

En la misma línea, incluso más socializante, la Ley italiana Nº 10, de 28 de enero de 1977, ha transformado radicalmente la composición y contenido tradicionales del Derecho urbanístico, lo que no deja de ser un paradójico resultado de la Sentencia de la Corte Constitucional antes estudiada.

En efecto, la facultad de decidir la transformación de los bienes inmuebles, se reserva a la Administración que la puede efectuar por sí misma o concederla al propietario a cambio de una contraprestación en dinero. Se trata en todo caso de una publicación total del derecho de edificar, ya que no hay reserva de unos contenidos mínimos en favor del propietario como ocurre en el Derecho francés.

Figura, pues, central de este diseño legal es la concesión urbanística, cuyo primer rasgo es el de ser aditiva, es decir, que se atribuye al propietario, no a cualquier ciudadano, como es norma en las concesiones de dominio público. La concesión urbanística se asemeja, pues, a la concesión cinegética, en la que se da igual preferencia al propietario a disfrutar de la caza que se genera en su propiedad. Es además, una concesión real y no personal, puesto que se hace abstracción de la cualidad subjetiva del titular y de su capacidad empresarial o patrimonial, sin que la muerte del propietario sea causa de caducidad. El otorgamiento no presupone —como es normal en otros regímenes concesionales— un procedimiento previo de selección que culmine en un contrato o una convenición, pues se otorga mediante petición del propietario al Alcalde.

En cuanto a sus contenidos, es necesario distinguir entre territorio planificado y no planificado. En el primero, la concesión se otorgará reglamentadamente de conformidad a los planes y programas de actuación.

Si no hay plan-supuesto muy frecuente, la concesión es discrecional, dado que la autoridad municipal ejercita en el momento de otorgar o negar la concesión la misma discrecionalidad que corresponde al poder público cuando procede a la transformación del suelo a través de los planes de urbanismo. Se trata, en todo caso, de una calificación discutible, ya que en cierto modo puede afirmarse que allí donde no existen planes aprobados se da una especie de planificación legal a través de la necesaria vigencia de los *standards* legales (vigentes desde la Ley Ponte 756/1967) que el artículo 47 de la Ley que comentamos ha regulado de la siguiente forma:

- a) Fuera del perímetro de los centros habitados, la edificación con fin residencial no puede superar el índice 0,03 m³ por metro cuadrado de área edificable.
- b) En los centros habitados solamente se consienten obras de restauración o de conservación, de consolidación estática o de restauración higiénica.
- c) Las superficies edificadas o de los complejos productivos no pueden superar un décimo del área de la propiedad.

Por último, y como anticipamos, la concesión es onerosa salvo casos exceptuados. La contraprestación se compone de dos partes: una medida por la incidencia de las cargas de la urbanización primaria y secundaria; la otra, por el coste de la construcción proyectada.

CONSIDERACION FINAL

Como se ha visto por unas u otras técnicas, con mayor o menos intensidad, con respecto o, por el contrario, con quebranto del principio de igualdad, el derecho a edificar sobre el propio fondo, comienza a ser formalmente desconocido por la más reciente legislación de los países europeos.

Ante nosotros se está generando una nueva forma de propiedad inmueble mediante la segregación de una de las facultades más características, el *ius aedificandi*, al que se constituye en objeto diferenciado de un ordenamiento sectorial caracterizado por la eliminación o reducción generalizada e igualitaria del aprovechamiento privado. El fenómeno no es nuevo, pues en esa separación está el origen de la propiedad y del de la caza, y regulaciones análogas se dieron

en pasadas épocas para conciliar los encontrados intereses de los agricultores y ganaderos en cuanto a la titularidad de los aprovechamientos de pastos y rastrojeras.

Lo singular y problemático es, sin embargo, que el fenómeno de la publicación del *ius aedificandi* ocurre en nuestros días bajo el imperio de un sistema jurídico que obliga desde las Constituciones a respetar el derecho a la propiedad privada, respeto que poco a poco va reduciéndose a una forma sin sustancia, asemejándose la propiedad inmueble cada vez más a un animal disecado cuya apariencia en nada difiere de los vivos, pero del que se han extraído todas las vísceras y paralizado sus músculos y facultades.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- BASSOLS COMA: *Génesis y Evolución del Derecho Urbanístico Español* (1812-1956), Montecorvo, Madrid, 1973.
- BUONAMICO, DOMÉNICO: *Limiti posti nell'interesse privato alla facultà di edificare*. Giuffré, 1960.
- BLUMANNI: *Droit de l'Urbanisme*, Dalloz, París, 1979.
- BREWER CARÍAS, ALLAN R.: *Urbanismo y Propiedad Privada*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980.
- ESCRIBANO COLLADO: *La propiedad privada urbana*, Montecorvo, Madrid, 1979.
- GAMBARO: *Ius aedificandi e nozione civilistica de la proprietà*, Giuffré, 1975. *La vinculación de la propiedad privada por los planes y actos administrativos*, V Congreso Hispano-Italiano de Profesores de Derecho Administrativo, IEA. Madrid, 1976.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO, ALONSO: *Lecciones de Derecho urbanístico*, Civitas, Madrid, 1981.
- LUCARELLI: *La proprietà "pianificata"*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1979.
- MONTES, VICENTE: *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil Contemporáneo*, Civitas, S. A. Madrid, 1980.
- PREDIERI, ALBERTO: *La legge 28 gennaio 1977 N° 10 sulla edificabilità dei soli*, Giuffré, 1977.
- ROMERO SAURA: *La calificación urbanística del suelo*, Montecorvo, Madrid, 1975.
- SUSTAETA ELUSTIZA: *Propiedad y urbanismo*, Montecorvo, Madrid, 1978.