

Función social de la propiedad y gestión del suelo

Agustín DE ASIS ROIG

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: El artículo cierra el apartado de este número de la revista que recoge los aspectos del análisis de la regulación de la vertiente básica del marco legal y trata sobre la función social de la propiedad y los importantes mecanismos al servicio de la gestión del suelo, en particular los de los patrimonios públicos de suelo, en los que la preocupación del legislador se centra en el rigor en su administración y el empleo de los bienes que los integran; el derecho de superficie, que es objeto por primera vez de una regulación completa; y la sustitución y la venta forzosas, aprovechando la experiencia facilitada por algunas regulaciones autonómicas.

DESCRIPTORES: Ley de Suelo. Propiedad del suelo.

I. INTRODUCCIÓN

La LS2007 dedica su Título V a la regulación de la sustitución y venta forzosas, los patrimonios públicos de suelo y al derecho de superficie, bajo la denominación común de “*Función social de la propiedad y gestión de suelo*”. Se trata de tres instituciones que cuentan con una consolidada presencia en nuestra legislación urbanística desde la misma LS1956 (arts.72 a 76 y 142 a 162) hasta nuestros días¹.

¹ La LS1998 no realizaba alusión alguna a estas instituciones aunque declaró la vigencia de las disposiciones subsistentes del TRLS1992 reguladoras de dichas instituciones (disposición derogatoria única LS1998).

No constituye, en consecuencia, una novedad su inclusión en la LS2007, especialmente a la vista de algunos de los objetivos que dicha Ley pretende cumplir, como son los de racionalización y organización de la legislación estatal en la materia (LS2007, Exposición de motivos I)². Esta función justifica la incorporación de las disposiciones del TLS1992 subsistentes a la STC 61/1997 relativas a estas instituciones (arts. 276, 280.1, 287.2 y 3, 288.2 y 3, 289.1, 2, 3 y 4), además de recuperar el régimen de venta forzosa —sobre el que la STC

² Si bien en la realidad ésta finalidad sólo se cumpla con carácter parcial, al dejar subsistentes otros preceptos del TRLS1992, que se supone se incorporan en el texto refundido que autoriza la disposición final segunda LS2007, con excepción del régimen de venta forzosa...

(STC 61/1997, FJ: 17) reconocía expresamente competencia al Estado aunque su régimen fuera derogador por la cláusula derogatoria de la LS1998—. Por otro lado, probablemente fuera ineludible retocar su régimen jurídico a la vista de que: dicho régimen ha permanecido en lo fundamental, prácticamente inalterado desde 1956, y porque su aplicación no parece haber respondido a las expectativas depositadas en ellas como instrumentos de dinamización del uso del suelo.

En cualquier caso, son instituciones que representan en cierto sentido formas de gestión urbanística alternativa, a la expansiva de la ciudad dependiente del propietario particular y que la LS2007 pretende corregir como confiesa en su Exposición de Motivos.

El objetivo de este trabajo es resaltar las líneas generales del régimen jurídico dispensado a estas instituciones por la LS2007, prestando especial atención a las novedades que introduzca.

2. EL CRITERIO SISTEMÁTICO: LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD COMO CLAVE DEL SISTEMA

A pesar de la diferente naturaleza de las distintas técnicas (unas de marcado carácter público, como es el caso de la expropiación, venta o sustitución forzosa y otras de carácter privado, como es el caso del Derecho de superficie), la Ley reúne de nuevo estas tres instituciones bajo un epígrafe común: “*La función social de la propiedad y gestión de suelo*”, que sustituye a los tradicionales “*Fomento de la edificación*”—probablemente más adecuado como título

comprendivo de las tres—, o el más pretencioso de “*intervención en el mercado inmobiliario*”.

Evidentemente, no se trata de la completa regulación de la función social de la propiedad urbana, ni del conjunto de técnicas de gestión del suelo que pueden configurarse a su servicio. Ambas ideas trascienden horizontalmente la totalidad del texto legal³, con las limitaciones que la distribución constitucional de competencias, obliga a introducir en relación con la capacidad estatal de regulación de estas materias⁴. Por ello, podría pensarse que la elección de reunir estas tres instituciones bajo este título común responde a su heterogeneidad y consiguiente dificultad de encontrar una denominación común, al no tener otro punto en común que el de constituir instrumentos facilitadores del uso de suelo de acuerdo con la finalidad urbanística —por lo tanto, por la idea de fomento o apoyo a la urbanización y construcción⁵—. Y, en efecto, venta y sustitución forzosa, patrimonios públicos del suelo y derecho de superficie presentan una gran diversidad estructural que se manifiesta, entre otros aspectos, en: a) su carácter privado (venta o sustitución forzosa) o público (derechos de superficie); b) su naturaleza jurídica, respondiendo la expropiación, venta o sustitución forzosa al género de sustitución de la titularidad de derechos por reacción frente a un incumplimiento, la gestión de los bienes de los patrimonios públicos del suelo, a una actividad de gestión patrimonial y de prestación directa, y el derecho de superficie, a una actividad de regulación o intervención para el fomento de la actividad de construcción y uso de un bien; y c), por último, la diferente textura de los

³ Los efectos de la ordenación de la propiedad inmobiliaria para adecuar su ejercicio a los intereses públicos territoriales y urbanísticos, que constituiría el núcleo de lo que debe considerarse como condiciones básicas para la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad regulado de acuerdo con su **función social**, en lo que compete al Estado, no se encuentran reguladas aquí, sino a lo largo de toda la Ley —como consecuencia de la opción legislativa urbanística española de descargar en la propiedad una parte fundamental de la responsabilidad de la promoción urbanística— y especialmente, en los Títulos I y II LS2007. Algo parecido debe decirse respecto de la **gestión de suelo** que constituye una parte esencial de la actividad urbanística en cuanto conjunto

de operaciones destinadas a facilitar la disposición de suelo para la realización de desarrollos de transformación urbanística, rehabilitación o construcción.

⁴ Recuérdese que desde su Sentencia 37/1987, el TC dejó sentado que la competencia de definición el estatuto derivado de la función social de los bienes corresponde al nivel territorial competente por razón de la cual se funcionaliza el derecho de propiedad, que en materia territorial y urbanística, corresponde a las Comunidades Autónomas (STC 61/1997...).

⁵ Conceptos que han sido utilizados para su regulación conjunta en nuestra legislación histórica, y aún hoy en la legislación autonómica, pero que difícilmente son compatibles con el marco competencial explicitado por la STC 61/1997.

títulos competenciales ejercidos que queda reflejado en la textura e intensidad de la regulación: básico en el caso de los Patrimonios Públicos del Suelo y la Venta o Sustitución Forzosa⁶, y pleno, en el caso del derecho de superficie⁷.

Sin embargo, no puede afirmarse que el título constituya un mero cajón de sastre o mera yuxtaposición residual de estas instituciones. Como ya se ha indicado las tres responden a la **finalidad común** de movilizar recursos inmobiliarios —en consonancia con ese criterio tradicional de intervención sobre la oferta— que, como ya hemos señalado permitió, en el pasado, su consideración bajo la idea de fomento o de intervención en el mercado. En segundo lugar, por la existencia de **vínculos funcionales** entre las tres: el derecho de superficie, se ha considerado un instrumento idóneo para la gestión de los bienes del patrimonio municipal del suelo, sin pérdida real de bienes integrados en los mismos. Y en tercer lugar, **por la incidencia que la función social tiene en el régimen de las tres instituciones:** a) evidente en el caso de la venta o sustitución forzosa, ya que su propia razón de ser responde a la existencia de un previo incumplimiento de deberes de edificación o rehabilitación, inherentes a aquélla; b) en el caso del patrimonio municipal del suelo, por imponer destinos específicos a recursos de las Administraciones públicas, en consideración, al menos inicialmente al papel institucional que cumplen (como Administración, como sujeto titular de recursos inmobiliarios y como poder regulador urbanístico); c) por último, en el caso del derecho de superficie, la incidencia de la función social de la propiedad se materializa en las medidas de configuración específica de la relación obligatoria derivada de la constitución de este derecho, dirigidas a facilitar la gestión y explotación del bien objeto del Derecho —sin perjuicio de la consideración del incumplimiento del deber de edificación como causa de resolución del derecho de superficie, previsto en el art. 36 LS2007—.

3. RÉGIMEN DE SUSTITUCIÓN O VENTA FORZOSA

La venta o sustitución forzosa constituye un instrumento tradicional de intervención dentro de nuestro derecho urbanístico. Sin perjuicio, de antecedentes anteriores, el núcleo esencial de esta técnica queda definitivamente configurado a partir de la Ley de Solares, que se ha calificado el punto de partida de nuestro urbanismo moderno (BASSOLS COMA, 1998: 293⁸). Se trata de unas técnicas destinadas a cumplir una doble función: a) sustituir al propietario renuente con el cumplimiento de los deberes de construcción y conservación, por otro, encargado de de realizarlos y b) como técnica de fomento negativo, o prevención general, para que los mismos propietarios cumplan con dicho deber ante la amenaza de su sustitución y eventual posible reducción de la indemnización a recibir por la misma.

3.1. Configuración legal de la venta y sustitución forzosa

La expropiación, venta o sustitución forzosa se configuran como instrumentos de reacción frente al incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación previsto en la Ley (art. 31.1 LS2007; BASSOLS COMA, 1998: 288). De esta configuración legal se desprenden las siguientes consecuencias:

- 1) Las tres técnicas recogidas en el referido artículo cumplen una función **garantizadora**, en sus dos vertientes antes indicadas de **fomento negativo** del cumplimiento de dichos deberes —por la amenaza que significa la posibilidad de su aplicación—, y de remedio, **reacción**, para al cumplimiento material de esos deberes. En principio, y sin perjuicio de los comentarios que haya que realizar a lo dispuesto al apartado 3 del artículo 31 LS2007, **no tiene carácter**

⁶ Artículo 149.1.18 CE, STC 61/1997.

⁷ Artículo 149.1.8 CE, STC 61/1997.

⁸ Véase, también BASSOLS COMA (1973: 106-209).

sancionador (STC 61/1997, FJ: 17), no siéndoles, por ello, aplicables las garantías específicamente previstas por nuestro ordenamiento constitucional a la potestad sancionadora⁹. Evidentemente sí que es una medida **desfavorable que afecta a derechos singulares**, lo que implica la invitación a la participación efectiva en los correspondientes procedimientos a los particulares interesados, así como la necesidad de motivación y notificación de las actuaciones y resoluciones que se adopten en los mismos¹⁰.

- 2) Las tres instituciones tienen como **presupuesto común el incumplimiento de los deberes de edificación y rehabilitación previstos, precisamente en la LS2007**. Ello implica que: debe concurrir el incumplimiento de determinados deberes que son específicamente los previstos en la LS2007, y tal incumplimiento debe ser objeto de verificación y declaración expresa.

La reconducción del ámbito causal de su aplicación a los deberes de construcción y rehabilitación previstos en la Ley tiene su más probable explicación en el intento de garantizar la viabilidad constitucional de la regulación. Pese a la indudable competencia de regulación que corresponde al Estado como modalidad de expropiación o como elemento del régimen básico de la actuación administrativa (STC 61/1997: FJ 17); resulta sin embargo discutible, desde el punto de vista constitucional, su vinculación a supuestos de hecho

cuya determinación corresponde a competencias de otros niveles de Organización Territorial del Estado como es el caso del Urbanismo y la Ordenación del Territorio¹¹. De ahí, la prudente opción de circunscribir explícitamente el ámbito de aplicación de estas medidas a la garantía de obligaciones establecidas en la propia LS2007.

Dicho esto, hay que señalar no obstante que las obligaciones cuyo incumplimiento de aplicación de estas medidas están definidas en términos bastantes amplios en la Ley (arts. 33 LS2007), lo que augura una operatividad extensa de estas técnicas, y cuya especificación requiere la colaboración de los instrumentos de ordenación o de la legislación urbanística y territorial.

Además, este párrafo 1 hace salvaguarda de la posibilidad de que la legislación territorial y urbanística pueda prever otras consecuencias. La amplitud de la previsión, así como la titularidad de la competencia del ámbito material sobre el que recaen, permiten deducir que dichas previsiones pueden ser bien alternativas o bien concurrentes (por ejemplo, la aplicación de sanciones por incumplimiento de plazos), en este último caso, con el importante límite corrector del principio de proporcionalidad.

- 3) El tenor literal de artículo permite deducir la posibilidad de aplicación de estas técnicas a otros supuestos en la legislación territorial y urbanística de las Comunidades Autónomas, dado el

⁹ Fundamentalmente recogidos en el artículo 25 y 26 CE y arts. 127 a 144 LRJPAC.

¹⁰ Art. 105.c CE y 35 LRJPAC.

¹¹ Razona el TC en STC 61/1997 (FJ 17) lo siguiente: *“Problema distinto es el de determinar si, a efectos estrictamente competenciales, al Estado le es lícito establecer la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o la venta forzosa en materia urbanística, sea por virtud del art. 149.1.1.º o del 18.º CE o, por el contrario, se trata de una medida que ha de caer necesariamente en la órbita de la competencia sobre el urbanismo (art. 148.1.3.º CE). La reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que ‘por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa determinando las causas de expropiar y los fines de interés público a que aquélla debe*

servir’ (SSTC 37/1987, fundamento jurídico 6; 17/1990, fundamento jurídico 10). Cabe concluir, pues, que será el Estado o la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la titularidad de la competencia material, los que podrán, en su caso, definir una causa expropiandi, lo que, aplicado al tema que nos ocupa, permite sostener que al Estado le es lícito definir legalmente como causa expropiandi el incumplimiento de la función social de la propiedad, cuando se trate del incumplimiento de aquellos deberes básicos cuya regulación compete al amparo del art. 149.1.1.º CE, en tanto que a las Comunidades Autónomas les incumbe definir, en su caso, otras posibles causas de expropiar como técnica al servicio, entre otras materias, del cumplimiento de los deberes dominicales que con respeto de las condiciones básicas cumpla a las Comunidades Autónomas establecer en virtud del art. 148.1.3.º CE y de sus respectivos Estatutos de Autonomía.”

carácter claramente instrumental o funcional que desarrollan en relación con el desarrollo del contenido activo de la función social de la propiedad.

La LS2007 sugiere otra novedad: el criterio sistemático utilizado por el que se desvincula la regulación de las técnicas de la expropiación, regulada en el Título IV y las de la venta o sustitución forzosa, dentro del Capítulo I del Título V, parece apuntar a una cierta consideración autónoma de estas técnicas respecto de la categoría genérica de la expropiación¹². La importancia de este problema desborda el marco puramente conceptual en relación con la atribución de una naturaleza jurídica u otra, para trasladarse al campo práctico porque la solución que se da a este problema determina el régimen jurídico de referencia a la hora de integrar dudas y lagunas.

Es evidente que son instituciones diferenciadas, especialmente con la configuración específica de la que es la sustitución forzosa en el artículo 31.2 LS2007:

“La sustitución forzosa tiene por objeto la facultad de edificación, para imponer su ejercicio en régimen de propiedad horizontal con el propietario actual del suelo”,

de forma que serían rasgos diferenciales de cada una de estas instituciones los siguientes:

- a) Para la **Expropiación forzosa**, su **ámbito de aplicación**, que desborda el definido por la Ley para la venta y sustitución forzosa, incluso en el apartado de incumplimiento de la función social ya que podría ser aplicada a la renuencia al desarrollo de los deberes de urbanización o dotación; **su procedimiento**, que es el establecido en la Ley de Expropiación Forzosa, sin perjuicio de las peculiaridades derivadas de la actividad urbanística; y **su régimen jurídico definido en los**

términos establecidos en el Título IV LS2007.

- b) Para la **venta forzosa**, además de lo anterior, aplicable respecto de la expropiación, respecto de la **sustitución forzosa, porque la primera significa la completa eliminación del propietario incumplidor de los deberes inherentes da la función social de la propiedad**, mientras que la segunda se limita a la sustitución en el **ejercicio de los derechos de edificación y uso en régimen de propiedad horizontal**, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.2 LS2007, ya citado.

Las tres técnicas tiene en común, el supuesto de aplicación —al menos parcialmente en lo que se refiere a la expropiación, ya que la previsión contenida en el artículo 32.1 LS2007, no excluye su aplicación a otros supuestos de incumplimiento de la función social, como puede ser la vulneración de los plazos establecidos para la urbanización—, que es, precisamente, el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley (artículo 31.1 LS2007), respecto del que son concurrentes, y el sistema de valoraciones que debe ser el previsto en Título III de la Ley (art. 20.1.a y c LS2007) sin perjuicio de la reducción que en cada caso pueda establecerse con los límites establecidos en el artículo 31.3 LS2007¹³.

La concurrencia entre las distintas técnicas suscita el problema respecto a cuál debe ser la opción a utilizar en cada momento. Es evidente que la legislación territorial y urbanística puede establecer criterios para determinar la aplicación de una u otra medida —en consonancia con sentido puramente habilitante de la previsión contenida en el artículo 31.1 LS2007—. Sin embargo, en ausencia de tales criterios normativos, hay que considera que la selección de una u otra es discrecional, lo que implica la necesidad de justificar la elección (art. 54.1.f LRJPAC) y de considerar

¹² En clara contraposición al criterio seguido en el TRLS1992.

¹³ “En los supuestos de expropiación, venta o sustitución forzosas previstos en este artículo, el contenido del derecho

de propiedad del suelo nunca podrá ser minorado por la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística en un porcentaje superior al 50 por ciento de su valor, correspondiendo la diferencia a la Administración.”

los principios generales de proporcionalidad¹⁴ y suficiencia.

3.2. Régimen jurídico aplicable

La cuidadosa configuración realizada de esta institución desde el punto de vista de la competencia revela la aplicabilidad directa de las técnicas previstas en este capítulo —como se deduce del propio sentido habilitante del artículo 31.1 LS2007—, por lo que no se precisa en consecuencia, su recepción expresa por la legislación urbanística o territorial. Ésta última podrá determinar los criterios de opción entre expropiación, venta o sustitución forzosa —en los términos ya adelantados—, ampliar el ámbito objetivo de su aplicación, o desarrollar las previsiones contenidas en los artículos 31 y 32 LS2007 —de todo punto deseable, dada la antigüedad de la regulación estatal que tendría como régimen de referencia para la integración de lagunas¹⁵—. No obstante, la existencia de estos recursos normativos, facilita la operatividad inmediata y directa del artículo 31.1 LS2007, pudiendo las Administraciones competentes hacer uso de la misma con independencia de la existencia o no de desarrollo normativo de la legislación territorial o urbanística¹⁶.

De esta forma, el ordenamiento aplicable a la venta o sustitución forzosa se integra por la legislación prevista en los artículos 31 y 32 LS2007, la normativa que en su desarrollo o complemento figura en la legislación territorial y urbanística y, finalmente el derecho histórico del Estado como factor de integración de esta regulación en virtud de la función de supletoriedad que le atribuye el artículo 149.3 CE.

¹⁴ La aplicación del principio de proporcionalidad podría inducir un posible deslizamiento de estos remedios frente al incumplimiento de la función social hacia la sustitución forzosa por ser la técnica que implica una menor incidencia en el derecho, permitiendo el objetivo previsto por las mismas: la eficacia real de las obligaciones incumplidas.

¹⁵ En la actualidad sigue cumpliendo su finalidad de integración el TRLS1992 y el RtoEFRMS.

¹⁶ Más problemática es la cuestión relativa a si la legislación territorial y urbanística podría excepcionar la aplicación de estas técnicas. De hecho la admisión de la posibilidad de determinar criterios de selección para la utilización de qué técnica debe utilizarse preferentemente, presupone la posibilidad de condicionar o eliminar su aplicación a otros supuestos (en los que puede preverse una medida alternativa, por ejemplo).

3.3. El presupuesto de la previa declaración de incumplimiento de los deberes de edificación y urbanización

La aplicación de los procedimientos de expropiación, de venta o de sustitución forzosa tiene como presupuesto necesario la existencia de un incumplimiento de los deberes de *edificación y rehabilitación* previstos en la LS2007. La configuración legal del supuesto ofrece importantes datos sobre el carácter y alcance de este incumplimiento:

- 1) En primer lugar, en la configuración realizada en la LS2007, y sin perjuicio de las operaciones que respecto del ámbito de aplicación de estas medidas puedan adoptar las Comunidades Autónomas, **estos procedimientos sólo son aplicables al incumplimiento de los deberes de edificación y rehabilitación**; no se puede acudir a estos expedientes por incumplimiento de cualquier de los deberes tipificados en el artículo 9.1 LS2007¹⁷, sino sólo respecto de los relacionados con la actividad de edificación y construcción.
- 2) En segundo lugar, **el deber de construcción sólo es aplicable respecto de los suelos urbanizados** (expresamente, art. 9.1 LS2007), **y suelo rural sujetos a operaciones de nueva urbanización cuando la legislación prevea la urbanización y edificación simultánea** (indirectamente, del art. 13.3.b LS2007); y, por ello, no es aplicable respecto de las edificaciones a realizar en suelo rural. Las operaciones en las que consiste el deber son la

Sin embargo una eliminación total o general suscitaría el tema de la posibilidad de impedir la aplicación de una medida adoptada en el ejercicio de una competencia estatal básica.

¹⁷ *“El derecho de propiedad del suelo comprende, cualquiera que sea la situación en que éste se encuentre y sin perjuicio del régimen al que esté sometido por razón de su clasificación, los deberes de dedicarlo a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlo en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación.*

En el suelo urbanizado a los efectos de esta Ley que tenga atribuida edificabilidad, el deber de uso supone el de edificar en los plazos establecidos en la normativa aplicable.”

edificación de acuerdo con el concepto que de éstas realiza la Ley 38/1997¹⁸. La verificación del supuesto exige que se haya puesto plazo para el ejercicio de dicho deber, bien en la legislación urbanística o en el planeamiento; El deber se entiende cumplido con el desarrollo de las operaciones en los plazos inicial o final que establezca la legislación. La legislación no aclara la posibilidad de aplicar estos procedimientos en casos de incumplimiento parcial o de inadecuación de la edificación a la legalidad urbanística, lo que debería ser especificado en la legislación territorial y urbanística de desarrollo¹⁹.

- 3) Por el contrario, **el deber de rehabilitación** se aplica con independencia de la situación del suelo (art. 9.1 LS2007, véase nota 17). La Ley no hace especificación en cuanto al tipo de construcción al que puede aplicarse, por lo que debe entenderse referida cualquier clase de operación, y no sólo respecto de las edificaciones; sin embargo, no parece que pueda alcanzar a operaciones de transformación

urbanística ya que son objeto de una denominación propia y diferente no reintegrable en el concepto de rehabilitación²⁰. A diferencia de lo previsto en la legislación tradicional que asociaba la aplicación de estos procedimientos al incumplimiento del **deber de conservación**, lo que permitía su anudamiento al régimen de ruina, la LS2007 habla específicamente del deber de rehabilitación, por lo que **debe entenderse referido únicamente a las operaciones de rehabilitación o reconstrucción, en la medida en que estén previstas legalmente, y en los plazos y condiciones que igualmente se establezca por dicha legislación**²¹; de ello se deduce que el supuesto que se analiza exige la existencia de un deterioro que justifique la realización de operaciones de rehabilitación. Surge así un problema interpretativo en relación con la aplicación de estos procedimientos a la situación de ruina, dado que ésta situación supone la extinción del deber de conservación y por ello desborda el límite del deber de rehabilitación, tal y como se describe en el artículo 9.1 LS2007²².

¹⁸ De acuerdo con el art. 2 de la citada Ley 38/1997, señala:

- “1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:
- Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.
 - Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.
 - Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.
2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:
- Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.
 - Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.
 - Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico,

regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio”...

¹⁹ Estas técnicas tienen su razón de ser originaria en los supuestos de total incumplimiento del deber de edificar (**solares vacantes**), si bien con la extensión del concepto de ruina, a aquéllos supuestos que presentasen una completa inadecuación a la ordenación urbanística aplicables (**ruina urbanística...**) abría el paso a su posible aplicación respecto de construcciones ilegales. En relación con este problema debe tenerse en cuenta que para dicho tipo de incumplimiento existen otras medidas alternativas de carácter disciplinario cuya utilización de forma concurrente o alternativa con la venta o sustitución forzosa debería calibrarse a la luz de los principios de eficacia y proporcionalidad.

²⁰ Concretamente, las operaciones denominadas de rehabilitación urbana se corresponden con lo que la LS2007 denomina como de reforma o renovación o de dotación (arts. 14.1. a.2) y b LS2007).

²¹ En relación con la diferenciación entre rehabilitación y conservación véase PAREJO NAVAJAS, 2006.

²² Es cierto que podría sugerirse que la situación de ruina supone la constatación del incumplimiento del deber de rehabilitación, sin embargo, lo cierto es que tal situación lo que evidencia es un incumplimiento del deber de conservación, al que la Ley alude de forma separada al de rehabilitación (art. 9.1 LS2007), sin perjuicio que ésta última implique distintas operaciones de subsanación del incumplimiento del deber de conservación, lo que pone en evidencia su distinta naturaleza, y por ello la imposibilidad de aplicar este régimen sobre la exclusiva base del artículo 31.1 LS2007.

El incumplimiento, que de conformidad con la jurisprudencia debe ser imputable al propietario o titular de los derechos edificatorios²³, debe ser apreciado en un expediente instruido al efecto, con participación de los particulares interesados, que finaliza en la resolución dirimente de la concurrencia o no del supuesto habilitante para la aplicación de dichos procedimientos y la aplicación, en su caso, de los procedimientos de venta o sustitución forzosa (art.32.2 LS2007); la opción por la aplicación de los procedimientos de venta o sustitución forzosa debe ser expresa —salvo que la legislación territorial o urbanística disponga lo contrario—, ya que como ya se ha indicado el incumplimiento de tales deberes pueden dar lugar a la aplicación de medidas alternativas como la expropiación, o las previstas en la legislación territorial y urbanística, al amparo de la habilitación establecido en el artículo 31.1 LS2007. La resolución debe notificarse y es susceptible de impugnación directa ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

En el caso de la opción por la aplicación del procedimiento de venta o sustitución forzosa, la Administración actuante debe remitir certificación del acto o actos al Registro de la Propiedad para su constancia como nota marginal en la última inscripción de dominio para su constancia en las certificaciones que se expidan de la finca a partir de ese momento (art. 32.2 LS2007).

3.4. El procedimiento de venta o sustitución forzosa propiamente dicho

La Ley no establece un procedimiento específico de acuerdo con la propia función

constitucional que asume en relación con la configuración de este instrumento, limitándose a señalar que puede iniciarse de oficio o a instancia del interesado, y debe adjudicarse de acuerdo con los principios de publicidad y concurrencia (art. 32.1 LS2007).

La certificación del acto de adjudicación es título inscribible en el Registro de la Propiedad haciéndose constar los plazos de edificación en que quede obligado el adquirente en calidad de concisiones resolutorias de la adquisición (art. 32.2 LS2007).

Los efectos de la aplicación de dicho expediente son claros:

- 1) Por un lado, la adquisición del bien objeto del procedimiento (el inmueble o el derecho de edificación, según se trate de venta forzosa o sustitución, respectivamente), adquisición que sin embargo, está sujeta al cumplimiento del deber de edificación en los plazos que se establezcan en el procedimiento. El incumplimiento de los deberes por el adquirente podría dar lugar a una nueva declaración con la consiguiente aplicación de los procedimientos de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, venta o sustitución forzosa o cualquier otra medida que prevea la legislación territorial y urbanística. Estos datos pueden tener una importante incidencia en relación con la propia configuración de las técnicas de la venta o sustitución forzosa. Por un lado, se refuerza la separación entre estas y el género expropiación —a la que ya nos hemos referido—, en la medida en que el incumplimiento de los deberes por el

²³ Por todas la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 octubre 1988 (ARANZADI: RJ 1988\7462) que señala:

“CUARTO. Pero si la propietaria ha llevado a cabo todos los actos que hemos reseñado en los apartados b) al d) del anterior fundamento (encargó el Proyecto y la dirección de la nueva obra, solicitó y obtuvo la licencia para ejecutarla y constituyó la fianza exigida para ello), y ha sido el actor-arrendatario-ocupante el que no ha desalojado la finca ni posibilitado que la construcción pudiera realizarse, y tampoco el Ayuntamiento ha efectuado los trámites que son necesarios para fijar la indemnización y obtener en su caso ejecutar el desalojo forzoso del arrendatario (trámites que el Ayuntamiento debía realizar de oficio dado el interés público de la nueva edificación que va implícito en la inclusión del inmueble en el Registro Municipal), es claro que la falta

de edificación no puede atribuirse a inacción o inactividad de la propietaria que realizó cuantos actos estaban a su alcance, sino que ha de achacarse a la obstrucción del propio arrendatario actor y a la inacción del Ayuntamiento; no siendo por lo tanto posible declarar incumplida la obligación de edificar de la propietaria, ni presumir que ha habido abandono por su parte de su aludida obligación de edificar; resultando en extremo incongruente la actuación del ocupante-arrendatario señor G. H. de pedir la declaración de incumplimiento de la obligación de edificar de la propietaria cuando ha sido precisamente él con su actuación (antes dicha), quien ha contribuido a que no haya resultado hasta ahora posible la nueva edificación que obviamente no podrá levantarse mientras no haya quedado desalojado el edificio antiguo que se ha de deruir para construir el nuevo.”

adquirente no se considera un supuesto de reversión, sino de resolución del negocio de adquisición.

Ello suscita el problema si desde el tenor de esta Ley queda suficientemente garantizado la finalidad de la técnica misma al no resultar correlacionadas las condiciones establecidas para los deberes de edificación y rehabilitación incumplidos con las que se impongan al adquirente, si es que éstas se imponen. Porque ¿qué sucedería si no se establecen condición temporal alguna para la realización de los deberes de edificación o rehabilitación, o si no se reflejaran éstas en el título constitutivo? Podría argüirse que esta condición es consustancial a la técnica, sin embargo, la omisión de cualquier declaración expresa de esta circunstancia, así como su intento de extracción de la categoría expropiatoria, introduce algunas dudas que deberán ser despejadas en la desarrollo legislativo de este régimen²⁴.

Dentro del contenido funcional o causal de esta propiedad hay que señalar que la ley reduce a las actividades de edificación el contenido funcional o condicional del título de adquisición, lo que obliga a plantear el motivo de la omisión de las de rehabilitación cuyo incumplimiento puede haber sido el origen del expediente. Esto plantea tres posibles hipótesis que sólo podemos esbozar: a) por un lado, se trata de una simple omisión involuntaria del legislador, debiéndose deducir la posibilidad de imponer tales conductas de la propia lógica de la institución habilitada para remediar tanto el incumplimiento del deber de edificación como el de rehabilitación; b) que, no existe tal omisión sino que los deberes que pueden imponerse se refieren en todo caso, a actividades constructivas, ya que entendiendo la ruina como efecto directo del incumplimiento del deber de rehabilitación, ésta supone la extinción del deber de rehabilitación y por ello, sólo cabe aplicar a las edificaciones

arruinadas deberes de edificación (o reedificación), interpretación que se encuentra con el problema de que la ruina no se produce propiamente o necesariamente como incumplimiento del deber de rehabilitación, sino de conservación en los términos ya analizados con anterioridad; y c) que la condición de rehabilitación no sea susceptible de anotación registral, habida cuenta que la finalidad del precepto persigue directamente la finalidad de plena publicidad registral de esta condición dominical, siendo posible, en consecuencia imponibles deberes de rehabilitación aunque éstos no deban constar necesariamente en la inscripción registral, interpretación que debe explicar, sin embargo, porque prevé el deber inscribir las condiciones de edificación y no las de rehabilitación.

- 2) Por otro lado, el propietario recibe la indemnización por la pérdida del bien valorado de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley (arts. 31.3 LS2007).

La Ley a establece como garantía la imposibilidad de minorar dicho valor a menos del 50% del que correspondan con la aplicación de los deberes generales, atribuyen la diferencia a la Administración Pública. Esta posibilidad de minoración puede suponer, un factor de perturbación de la propia naturaleza de la técnica que estudiamos. Si al titular del derecho incumplidor de los deberes aducidos en el artículo 31.1 LS2007 se le priva de dicho derecho, parece obvio que deberá procederse a la indemnización que corresponda de acuerdo con los criterios establecido en la Ley. De esta forma, esta técnica se construye como un remedio no sancionador para la realización de un objetivo legalmente definido con antelación.

Sin embargo, ¿puede mantener esta configuración si se produce una minoración del valor del bien respecto de los criterios generales establecidos en la

²⁴ No hay que olvidar que la referencia a esta condición causal de la titularidad adquirida en virtud de la venta forzosa fue calificada en el TRLS1992, como supletoria

(art. 236 TRLS1992), lo que determinó su inconstitucionalidad de acuerdo con los criterios generales establecido en la STC 61/1997.

Ley, que limita el artículo 31.2 LS2007?, la cuestión es más complicada de lo que parece y tiene importantes consecuencias: **su consideración como medida sancionadora supondría la aplicación a su régimen de los principios y garantías que en aplicación del artículo 25 CE desarrollan los arts. 127 a 133 LRJPAC.**

Como hemos indicado los procedimientos de venta o sustitución son medidas desfavorables para su titular, que pretenden remediar el incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación. Ahora bien, este carácter desfavorable no les atribuye una naturaleza sancionadora, porque a diferencia de las sanciones, el objetivo es la realización material del deber incumplido mediante un cambio de titularidad de los derechos a los que se asocian dichos deberes; por el contrario, las sanciones persiguen una finalidad retributiva de la infracción con independencia de la realización del bien jurídico protegido —que es objeto de otra forma de actuación como es la de restauración de la legalidad—, sin perjuicios de las finalidades de prevención especial o general que se persigan con la existencia misma de la medida sancionadora. No puede decirse que la venta o sustitución forzosa persiga tal finalidad en la medida en la que el titular del derecho recibe el valor del bien objeto de la operación. Pero la cuestión no es tan clara si se establece tal minoración. Dicha minoración no tiene su razón de ser en el remedio efectivo del incumplimiento del deber de edificación y construcción, sino que aparece como un daño asociado a una conducta irregular y que por ello debería tener la consideración de sanción administrativa.

Ello es particularmente cierto a la vista de los criterios de valoración adoptados por el LS2007 basados en el “estado” urbanístico del bien y en el que deben tenerse en cuenta circunstancias como la

antigüedad y el estado de la edificación, lo que relaciona de forma directa la realidad del bien con su valor. Su reducción en consecuencia no cumple con los términos en los que el artículo 33.3 CE y 106.1 CE., aplicables a pesar de la separación introducida por la Ley de estas técnicas respecto de la expropiación, debido al carácter material de esta garantía, y por ello sólo debería poder imponerse bajo su consideración como sanción.

4. LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DEL SUELO

La LS2007 dedica el capítulo II de este título al régimen de los denominados Patrimonios Públicos del Suelo. Aparece así una primera importante novedad como es la superación en la legislación estatal de la tradicional referencia de estos instrumentos al ámbito municipal²⁵, sin perjuicio que la especial relación que puede establecerse entre gestión urbanística y ámbito local de intereses²⁶ sitúe en este nivel territorial el punto de generación ordinaria de estos patrimonios.

Los Patrimonios Municipales del Suelo, como institución antecesora de esta regulación se configuran como solución a la escasez de capital inmobiliario en las Administraciones Públicas que les permita hacer frente, de forma directa, a las necesidades de transformación urbanística y de vivienda. Para ello se establece desde la LS1956, el deber de constituir progresivamente un patrimonio separado del general del Ayuntamiento, en el que se integran bienes patrimoniales susceptibles de desarrollo urbanístico y que se destinan a la regulación del mercado de suelo y a facilitar este recurso para actuaciones de interés urbanístico o social. La preceptiva incorporación de determinados bienes patrimoniales cumplía además la función de realización de la función social de la propiedad respecto de las autoridades municipales reguladoras de la actividad urbanística²⁷.

²⁵ Como sucede todavía en el TRLS1992, en sus arts. 276 y ss.

²⁶ Tal y como aparece apreciado en el art. 25.2 LRBRLL.

²⁷ Para una referencia histórica completa de esta institución véase FONSECA FERRÁNDIZ, 1995.

Pese a las optimistas expectativas asentadas en esta institución hay que reconocer que la experiencia no puede calificarse como satisfactoria. Inicialmente el desarrollo de esta figura se encontró con la incapacidad o renuencia de las Administraciones locales para la constitución y la correcta gestión de este patrimonio; más adelante y tras la desaparición de los instrumentos financieros y tributarios específicos previstos en la legislación urbanística, el patrimonio municipal del suelo se va a convertir progresivamente en el único instrumento de financiación de actividades urbanísticas y locales, haciendo prevalecer en ocasiones los criterios de maximización de la utilidad económica en detrimento de objetivos urbanísticos a cuya realización respondía su propia existencia. Crisis todas aquéllas que han dejado huella en su regulación.

4.1. Concepto y régimen jurídico aplicable

Como todos los patrimonios separados de destino, los Patrimonios Públicos del suelo cumplen una función de garantía de las finalidades a las que sirven. Así se desprende de la definición que en cuanto a su naturaleza jurídica realiza el párrafo 2 del artículo 33 LS2007:

“Los bienes de los patrimonios públicos de suelo constituyen un patrimonio separado y los

ingresos obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que los integran o la sustitución por dinero a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, se destinarán a la conservación, administración y ampliación del mismo, siempre que sólo se financien gastos de capital y no se infrinja la legislación que les sea aplicable, o a los usos propios de su destino.”

La finalidad de la institución es clara: **garantizar la reinversión del producto de la explotación de las cesiones lucrativas derivadas de los procesos de transformación urbanística a las finalidades previstas en el párrafo 1 de este mismo artículo** y que analizaremos más adelante.

Se trata, en consonancia con el perfil histórico de esta institución: a) de un conjunto patrimonial complejo, en la medida que pueden incorporarse tanto bienes inmuebles, como los bienes que se generan, producto de su explotación; b) separado del patrimonio general de la entidad que sea titular lo que persigue garantizar su integridad y gestión autónoma limitando los problemas de confusión que podrían producirse con su integración en dicho patrimonio general; c) especificación de los destinos a los que pueden aplicarse los bienes, así como los productos de su explotación.

EL TC consideró la competencia estatal sobre esta materia sobre la exclusiva base de la reserva contenida en el apartado 13 del párrafo 1 del artículo 149 CE²⁵ (“bases de la

²⁵ Señala la STC 61/1997, que :

“36. (arts. 277; 278.1; 280.1; 282.2; 284.3; 285; 286)

Las alegaciones de las partes en lo que al Patrimonio Municipal del Suelo se refiere resultan bien escasas. Ni la representación estatal —que invoca el art. 149.1.18° (Antecedentes núms. 22.H y 35.D)—, ni los recurrentes hacen referencia alguna al título competencial que descansa en el art. 149.1.13° CE y que, sin duda, resulta de obligado análisis con carácter previo. Como ya hemos declarado (entre otras, SSTC 152/1988, fundamento jurídico 2; 95/1986 [RTC 1986\95]; 213/1994 [RTC 1994\213]), ‘dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones y medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector... Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda y, en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su más estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como factor generador de empleo’. Si ello es así en relación con la construcción de viviendas, con mayor razón

cuando se trata de la política del suelo en su sentido más amplio, por su impacto directo sobre la política económica general. De ahí que sea difícil negarle al Estado, ‘ex’ art. 149.1.13° CE, toda competencia para fijar algunos criterios generales, cuando sólo el asentamiento de actividades industriales y empresariales y la construcción de viviendas tienen una repercusión de gran magnitud sobre la entera economía general.

El problema radica, sin embargo, en determinar el alcance de esa competencia cuando, como es el caso, incide sobre una competencia autonómica sectorial, porque, como hemos reiterado, ‘cuando el Estado se apoya en un título tan genérico como es el de bases y coordinación de la planificación de la actividad económica frente a la competencia exclusiva... de las Comunidades Autónomas, no puede, salvo cualificadas excepciones, continuar operando con todos los instrumentos de los que disponía con anterioridad a la descentralización del mismo, incidiendo continua y diariamente en una materia que ha quedado ampliamente fuera de su competencia...’ (STC 213/1994, fundamento jurídico 10).

Por lo que aquí interesa, tal inteligencia restrictiva del art. 149.1.13° CE cuando afecta a la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas ha de verse complementada además por una interpretación finalista o teleológica, de modo que

planificación económica”) seguramente por su conexión con la política de vivienda pública. De esta forma se confina a la competencia estatal a la simple configuración general de la institución (previsión de su existencia y de los fines que lo configuran), determinando la exclusión del ámbito de la misma la determinación de los bienes que deberán integrarse en el mismo o las disposiciones relativas a la gestión de tales bienes²⁹; y por otro lado se olvida la incidencia que tal institución puede tener en las peculiaridades de su régimen jurídico desde el punto de vista de la configuración de las bases del régimen jurídico de las administrativas, como elemento legitimador para dictar una regulación básica para la gestión de los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas (tal y como estableció la STC 58/1982, de 26 de julio) como parte integrante de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas o la proyección de la función social respecto de tales bienes.

Por razón de la materia, el Estado tiene en esta materia competencia exclusiva para

dictar un régimen básico, por considerarse el régimen patrimonial de las Administraciones públicas como elemento integrado dentro del régimen jurídico general de las Administraciones Públicas (STC 52/1984). Así lo reconoce la propia LS2007, en su disposición final primera 1, que atribuye este carácter básico a la totalidad del capítulo a excepción de de los apartados 3 y 4 de su artículo 35, que son considerados como dictados en ejercicio de una competencia plena, por su relación con el régimen del Registro de la Propiedad.

4.2. Elementos de la regulación estatal de los Patrimonios Públicos del Suelo en la LS2007

4.2.1. Entidades titulares de los patrimonios públicos del suelo

La sustitución de la calificación de municipal, por la de público, en la denominación de estos patrimonios evidencia, como ya se señalado, la opción del

tan sólo aquellas normas básicas que respondan efectiva y estrictamente a la planificación general de la actividad económica podrían encontrar cobijo en el referido título, que impide la producción de normas que, aunque relacionadas con esa planificación general, no guarden esa inmediata y directa relación con la dirección de la economía. Desde esta perspectiva, podría encontrar cobertura en el citado título estatal la mera determinación de la existencia de una figura como la que contempla el art. 276 TRLS. Centrada así la cuestión, procede examinar seguidamente los preceptos impugnados, sin perjuicio de la eventual concurrencia de otros títulos competenciales.

En primer término, conviene advertir que los arts. 277 y 278.1 TRLS impugnados regulan la adquisición de bienes para el Patrimonio Municipal del Suelo y, en concreto, los bienes que lo integran y las reservas de terrenos respectivamente. A la luz de la doctrina sentada, ha de ser atendida la impugnación del art. 277, puesto que la concreción con carácter básico de cuáles hayan de ser los bienes que lo integran no responde ya de forma inmediata y directa a la planificación general de la actividad económica, sino que constituye, por el contrario, una regulación detallada que ha de quedar a la libre configuración de las Comunidades Autónomas, sin que, en este caso, quepa apreciar la concurrencia de ningún otro título competencial en favor del Estado.

Por su parte, el art. 278.1 TRLS regula las reservas de terrenos de posible adquisición para el Patrimonio Municipal del Suelo. Ciertamente, este precepto contiene una norma meramente permisiva o habilitante que faculta al planeamiento para prever reservas de terrenos que sirvan para la constitución o ampliación del Patrimonio citado, como alega la representación estatal, pero, como ha quedado dicho, el Estado carece de la cobertura competencial suficiente para dotar a la norma en cuestión de carácter básico, puesto que ni tiene cobijo en el art. 149.1.13° CE, ni menos aún, en el art. 149.1.18° de la Constitución Española.

El art. 280.1 TRLS, en cuanto dispone que los bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo se destinarán a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de

protección pública o a otros usos de interés social, conecta con el art. 276 TRLS, no impugnado, y responde al concepto de norma básica directamente vinculada a la planificación de la actividad económica general (art. 149.1.13° CE) en relación con la vivienda (art. 47 CE). En ese sentido, resulta elocuente el carácter no básico del apartado 2 del mismo artículo, tampoco impugnado, que concreta y desarrolla el principio general del destino de aquellos bienes.

Han de prosperar, sin embargo, las impugnaciones deducidas contra los arts. 282.2, 284.3, 285 y 286 TRLS, relativos todos ellos a las cesiones de terrenos integrantes del Patrimonio, puesto que la regulación de su régimen jurídico se aparta ya de la finalidad inmediata amparada por el art. 149.1.13° CE. Tampoco es compartible el argumento del Abogado del Estado, para el que los preceptos en cuestión —al regular las bases del régimen jurídico de las cesiones de bienes pertenecientes al Patrimonio Municipal del Suelo— encontrarían una doble cobertura constitucional por encuadrarse en el ‘régimen jurídico administrativo básico del urbanismo’ y en las bases del régimen local (arts. 80.2 de la Ley de Bases de Régimen Local; 79.2 del Texto Refundido de Régimen Local de 18 de abril de 1986). Con independencia de cuanto hemos dicho ya sobre los límites de la competencia estatal en relación con el Patrimonio Municipal —doctrina que invalida por sí sola los preceptos impugnados—, conviene rechazar expresamente esa argumentación, habida cuenta de que, como también hemos reiterado, ni el Estado ostenta título suficiente para establecer un ‘régimen jurídico-administrativo básico del urbanismo’, ni la específica regulación, pretendidamente básica, del régimen de cesiones que los artículos del TRLS ahora impugnados contienen entronca con los arts. 80.2 de la Ley de Bases de Régimen Local y 79.2 del Texto Refundido de Régimen Local citado, como parece sugerir la representación pública. En suma, el art. 280.1 es conforme con el bloque de la constitucionalidad y los arts. 277, 278.1, 282.2, 284.3, 285 y 286 están viciados de incompetencia y, en consecuencia, son inconstitucionales.”

²⁹ Véase nota 28.

legislador estatal de no vincular su creación y constitución al nivel municipal, como sucedía tradicionalmente en dicha legislación³⁰. Ahora bien, la previsión de la necesaria de integración de los bienes (art. 34.1 en relación con el 33.1 LS2007), derechos y recursos obtenidos en cumplimiento del deber de cesión establecido en el artículo 16.1.b LS2007 aboca a la necesidad de constituirlo siempre que se reciban tales cesiones.

La posibilidad de que la legislación territorial y urbanística pueda incorporar otros bienes —cuyo régimen jurídico se regiría, salvo en lo referente a las finalidades establecidas en el art. 33.1 LS2007 por la misma—, permite afirmar la inexistencia de objeción para que ésta misma autorice la constitución o establezca la obligación de constituir estos Patrimonios en

Administraciones que no reciban este tipo de cesiones³¹, dentro de los límites de su propia competencia, es decir, con una finalidad territorial y urbanística y con respeto al principio de autonomía de los distintos elementos integran la Organización territorial del Estado (art. 137 CE).

Ello puede significar la imposibilidad de imponer tal obligación al Estado, al margen de la obligación que se derivaría de la obtención de las cesiones que imponen su constitución de acuerdo con el art. 34.1, en relación con el 33.1 LS2007; motivo que justifica las modificaciones legislativas que en la LPAP, y otras leyes, introduce la disposición adicional cuarta LS2007³², sin que de su resultado pueda deducirse un régimen equivalente al de los Patrimonios Públicos del Suelo, por cuanto el compromiso se limita a coadyuvar a la realización de las

³⁰ Véase, el art. 276 TRLS1992; sin embargo, la legislación urbanística autonómica ya había abierto la posibilidad de constitución de estos patrimonios en otros niveles.

³¹ En efecto, la legislación territorial y urbanística puede determinar la incorporación de otros bienes como prevé el propio artículo 33.1 LS2007, a los que en principio no afectan las previsiones sobre destino y reintegración de los rendimientos económicos, previstos en el artículo 33.1 LS2007, siendo dicha legislación territorial y urbanística a la que corresponde establecer su régimen de gestión y protección, o eventualmente la ampliación de las medidas establecidas para los bienes integrados por disposición de esta norma estatal.

³² Disposición adicional cuarta. gestión de suelos del patrimonio del estado.

1. *Será aplicable a los bienes inmuebles del patrimonio del Estado lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley sobre el acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino en las enajenaciones de fincas destinadas a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta o alquiler.*
2. *Se añade un nuevo artículo 190 bis en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, con la siguiente redacción:*

“Artículo 190 bis. Régimen urbanístico de los inmuebles afectados.

Cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.”

3. *Se modifica el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que queda redactado en los siguientes términos:*

“5. Tienen el carácter de la legislación básica, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución, las siguientes disposiciones de esta Ley: artículo 1; artículo 2;

artículo 3; artículo 6; artículo 8, apartado 1; artículo 27; artículo 28; artículo 29, apartado 2; artículo 32, apartados 1 y 4; artículo 36, apartado 1; artículo 41; artículo 42; artículo 44; artículo 45; artículo 50; artículo 55; artículo 58; artículo 61; artículo 62; artículo 84; artículo 91, apartado 4; artículo 92, apartados 1, 2, y 4; artículo 93, apartados 1, 2, 3 y 4; artículo 94; artículo 97; artículo 98; artículo 100; artículo 101, apartados 1, 3 y 4; artículo 102, apartados 2 y 3; artículo 103, apartados 1 y 3; artículo 106, apartado 1; artículo 107, apartado 1; artículo 109, apartado 3; artículo 121, apartado 4; artículo 183; artículo 184; artículo 189; artículo 190; artículo 190 bis; artículo 191; disposición transitoria primera, apartado 1; disposición transitoria quinta.”

4. *Se añade una letra e) al apartado 2 del artículo 71 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con la siguiente redacción:*

“e) Coadyuvar, con la gestión de los bienes inmuebles que sean puestos a su disposición, al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, de la política de vivienda, en colaboración con las Administraciones competentes. A tal efecto, podrá suscribir con dichas Administraciones convenios, protocolos o acuerdos tendentes a favorecer la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección que permita tasar su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda. Dichos acuerdos deberán ser autorizados por el Consejo Rector.”

5. *Se añade un ordinal 7.ª en el apartado 2 del artículo 53 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con la siguiente redacción:*

“7.ª Coadyuvar, con la gestión de los bienes inmuebles que sean puestos a su disposición, al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, de la política de vivienda, en colaboración con las Administraciones competentes. A tal efecto, podrá suscribir con dichas Administraciones convenios, protocolos o acuerdos tendentes a favorecer la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección que permita tasar su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda.”

políticas públicas, con una especial referencia a la política de vivienda³³.

En relación con la posibilidad de establecer el deber de constitución respecto de los Municipios, hay que decir que ésta se deduce indirectamente con carácter ordinario por el papel que les corresponde en la gestión urbanística, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.1.c LRBRL, que le convierten en destinatarios ordinarios de las cesiones previstas en el art. 16.1.b LS2007. En otro caso, es decir, Entidades locales, y otras entidades que no reciban estas cesiones, el deber de constitución de estos patrimonios aspecto de otros bienes sólo podría sustentarse recuperando la vinculación original de este complejo patrimonial con la función social de la propiedad urbana, justificadora del criterio sistemático utilizado por la LS1956, al incluir su regulación dentro del título dedicado al Régimen del suelo³⁴.

4.2.2. Bienes que se integran en los patrimonios públicos del suelo

La Ley establece la incorporación a los patrimonios públicos del suelo de los bienes, recursos y derechos provenientes del cumplimiento del deber de cesión previsto en el artículo 16.1.b. LS2007 (art. 33.1 LS2007), sin perjuicio de que las legislaciones territorial y urbanística prevean la incorporación de otros bienes. Esta previsión tiene diversas consecuencias:

- 1) La LS2007 establece como **preceptiva** la incorporación a este patrimonio **de los bienes, recursos y derechos** obtenidos en virtud del deber establecido en el artículo 16.1.b LS2007 (art. 33.1 LS2007). Se trata de una incorporación **necesaria** (art. 34.1 LS2007) y por ello automática desde que se produce la

adquisición de tales elementos; y, en consecuencia, debe considerarse igualmente automática la aplicación del régimen especial de gestión y protección establecido en la Ley.

- 2) La naturaleza de los elementos que pueden incorporarse a estos patrimonios es muy variada, como lo demuestra la expresa mención a **bienes, recursos o derechos** lo que permite la integración de prácticamente cualquier tipo de activo patrimonial proveniente del cumplimiento de los antes citados derechos³⁵, incluidos los rendimientos de la enajenación de estos bienes (art. 33.2 LS2007).
- 3) El elemento caracterizador del conjunto de bienes que se integran por imperativo legal en este patrimonio no es su naturaleza sino el **título de adquisición**: la cesión establecida en el artículo 16.1.b LS2007. De esta circunstancia pueden obtenerse dos importantes conclusiones: *a*) en primer lugar, que el régimen especial de gestión y protección previsto para los bienes de los patrimonios públicos del suelo es **consustancial o inherente** a la titularidad derivada de la propia cesión como se desprende de que sea la misma norma que establece la cesión, la que prevé tales regímenes especiales, y los términos inequívocos con los que se prevé su incorporación a este patrimonio (art. 34.1 LS2007³⁶); y *b*) que no está prevista la incorporación de otros bienes por virtud de la propia Ley, aunque sí pueden hacerlo la legislación territorial y urbanística de acuerdo con lo indicado en el artículo 33.2 LS2007). Esta delimitación supone una reducción respecto del ámbito material tradicionalmente afectado a la incorporación al patrimonio municipal

³³ Lo que no deja de llamar la atención tras el reconocimiento general del derecho a participar en los desarrollos urbanísticos que incluyan bienes de uso y dominio público introducido en el nuevo art. 190 bis LPAP, de acuerdo con el contenido de la disposición adicional cuarta LS2007.

³⁴ Así Capítulo II del Título II, denominado "Régimen urbanísticos del suelo" de la LS1956..

³⁵ La utilización de estos términos no parece, sin embargo, haberse formulado con un ánimo clasificatorio sino con ánimo de trazar un ámbito material lo más amplio posible.

³⁶ De esta forma se elude la tacha de inconstitucionalidad que formulara el TC en su Sentencia 61/1997 respecto de la definición de los bienes que se integran en los Patrimonios Municipales del Suelo (FJ: 36). Sin embargo, en esta ocasión el TC lo que afirma es que la delimitación de los bienes que integran dichos patrimonios no puede justificarse en el título establecido en el artículo 149.1.13 CE; lo que no excluiría la provisión de garantías específicas para el destino de las cesiones lucrativas obtenidas en cumplimiento de lo establecido en el art. 16.1.b LS2007, como consecuencia de la función social de la propiedad.

del suelo —específicamente, de los bienes patrimoniales de los municipios afectados por el planeamiento (art. 90 TRLS1976)—, cuya justificación se encuentra probablemente en motivos competenciales³⁷.

- 4) La legislación territorial y urbanística puede ampliar este deber de incorporación a otros bienes³⁸.

4.3. El destino de los bienes integrados en el patrimonio público del suelo

La razón de ser de esta institución es la garantía del destino de una serie de bienes a finalidades relacionadas con la ordenación urbanística. De ahí su configuración jurídica como patrimonio de destino y su gestión separada. Y, por ello, no puede extrañar la atención que le dedica la Ley para evitar su desnaturalización. Esta atención se concentra en dos niveles: *a)* la propia definición del destino de los bienes integrados en el patrimonio municipal del suelo; y *b)* las concretas medidas de garantía de este los bienes integrados en el mismo.

4.3.1. Las finalidades de los patrimonio públicos del suelo

La Ley define como finalidades propias de estos patrimonios:

“regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística” (art. 33.1 LS2007).

Tales finalidades son **consustanciales a la figura de los patrimonios públicos de suelo y afectan a la totalidad de bienes integrados en el mismo**, ya sea por imperativo de la LS2007, o ya sea porque lo dispone la legislación territorial y urbanística.

Además cumplen una función de justificación de la figura y del régimen de

gestión y de disposición de los bienes, para cuya protección se administra de forma separada. El principal exponente de este régimen de protección consiste en el deber de reinvertir el producto de la enajenación de los terrenos que lo integran así como el resultado de la monetarización del deber de cesión, en la ampliación del propio patrimonio con dos condiciones: *a)* esta reinversión debe referirse sólo a gastos de capital; *b)* y a la idoneidad de estos bienes para cumplir con las finalidades y destino derivados de esta institución (art. 33.2 final, LS2007).

4.3.2. El destino de los bienes provenientes del cumplimiento de los deberes de cesión establecidos en el artículo 16.1.b LS2007

Para los bienes que necesariamente deben integrarse en patrimonios públicos de suelo de acuerdo con el artículo 33.1 y 34.1 LS2007, la Ley establece un régimen específico de destino par los bienes y recursos obtenidos en cumplimiento del deber de cesión establecido en el artículo 16.1.b LS2007 (art. 34.1 LS2007). La expresa reducción del ámbito de aplicación de este destino así como de las garantías previstas para su preservación, a estos bienes, tiene también un origen competencial pero obliga a hacer dos consideraciones relevantes: *a)* en primer lugar, que el ámbito operativo de estas previsiones se circunscribe a los bienes específicamente designados por la Ley y, en consecuencia, no necesariamente, respecto de cualquier otro bien que no tuviera esta procedencia; *b)* en consecuencia, será la legislación territorial o urbanística la que al extender el ámbito de bienes susceptibles de ser incorporados a estos patrimonios, deben establecer su régimen, y, en su caso la extensión de este régimen de destino y las correspondientes garantías del mismo a esos otros bienes.

El ámbito objetivo de aplicación de esta previsión imperativa, se delimita de conformidad a dos criterios: uno, el principal, de carácter **causal**, por referirse a la forma

³⁷ Véase lo indicado en la nota 36.

³⁸ No queda claro, sin embargo, si el revivido artículo 89 TRLS1976, tras la declaración de inconstitucionalidad del artículo

277 TRLS1992, puede considerarse legislación urbanística a los efectos de seguir considerando como obligatoria la incorporación de los bienes de los propios afectados por el planeamiento.

de obtención, y que define la Ley como aquéllos elementos provenientes de forma directa del cumplimiento del deber de cesión establecido en el artículo 16.1.b LS2007³⁹, y, otro, de carácter **material**, al referirse a **bienes** y **recursos**, comprensivo de las cantidades que se obtengan de la monetarización, o sustitución de la entrega de bienes por su equivalente en dinero⁴⁰. Estos bienes, deben destinarse específicamente a⁴¹:

- a) La construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. En este caso, y para el caso de terrenos destinados a viviendas sujetas a algún régimen de protección oficial que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, se establece un límite al precio por el que

pueden transmitirse, que debe hacerse constar tanto en el expediente como en el acto o contrato de transmisión (art. 34.2 LS2007).

- b) Alternativamente, a **otros usos de interés social** estableciendo, a diferencia de lo previsto en la legislación estatal anterior, una doble garantía: desde un punto de vista formal, el art. 34.1 LS2007 exige que lo autorice la Ley de la materia (urbanística⁴²) que debe especificar los fines admisibles y que lo permita el planeamiento; y otra de carácter **materia**, al indicar que tales fines deberán ser urbanísticos, protección o mejora de espacios naturales o de inmuebles del patrimonio cultural⁴³. Con esta doble operación, se pretende dar respuesta a las críticas formuladas bajo la legislación anterior relativos a la posibilidad de

³⁹ No así de los que se deriven de la enajenación de estos bienes, una vez cumplida su destino, que pasan a cumplir la finalidad autointegrativa prevista en el artículo 33.1 LS2007, quedando afectados, en consecuencia a las finalidades generales establecidas en el artículo 33.1 LS2007.

⁴⁰ Hay que tener en cuenta los establecido, con carácter general en el artículo 16.1.b LS2007.

⁴¹ La jurisprudencia ha llamado la atención sobre la imposibilidad de convertir a los Patrimonios Municipales del Suelo en instrumentos de financiación general de las Corporaciones locales; por todas, véase STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4), de 7 noviembre 2005 (ARANZADI: RJ 2006\2034) en la que expresamente se indica que:

“QUINTO. Nos hallamos frente a una cuestión ampliamente tratada por este Tribunal en múltiples sentencias. Así en la de 7 de noviembre de 2002, recurso de casación 10703/1998, se recuerdan los pronunciamientos anteriores de 2 de noviembre de 1995, 14 de junio de 2000, 25 de octubre de 2001, 31 de octubre de 2001, 2 de noviembre de 2001, 29 de noviembre de 2001 y 27 de junio de 2002) respecto a la ‘imposibilidad de que los Ayuntamientos conviertan el Patrimonio Municipal del Suelo en fuente de financiación de cualesquiera necesidades municipales’.

Las esenciales características del mismo han sido recogidas en las sentencias de 2 de noviembre de 1995, recurso de apelación 3132/1991, 31 de octubre de 2001, recurso de casación 4723/1996 y 2 de noviembre de 2001, recurso de casación 4735/1996 que declaran que ‘El Patrimonio Municipal del Suelo fue regulado en la Ley del Suelo de 1956 como un conjunto de bienes de que las Corporaciones se pueden servir ‘para regular el precio en el mercado de solares’ (Exposición de Motivos), con la finalidad de ‘prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones’. Este conjunto de bienes tiene una característica especial, a saber, que su finalidad específica se realiza mediante la circulación propia del tráfico jurídico pero sin disminución o merma del propio Patrimonio, toda vez que el producto de las enajenaciones de los bienes de éste habrá de destinarse a la conservación y ampliación del propio Patrimonio (art. 93 del TRLS). Por ello se ha podido decir que ‘las dotaciones económicas que se pongan a disposición del Patrimonio Municipal del Suelo constituyen un fondo rotatorio de realimentación continua, por aplicaciones sucesivas al mismo fin de dicho Patrimonio, lo que constituye una técnica visible de potenciación financiera’. En definitiva, se ha venido así

aceptando pacíficamente que el Patrimonio Municipal del Suelo constituye un ‘patrimonio separado’ (lo que hoy está ya expresamente dicho en el artículo 276-2 del nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992). La Ley ha querido y quiere que el Patrimonio Municipal del Suelo funcione como un patrimonio separado, es decir, como un conjunto de bienes afectos al cumplimiento de un fin determinado, fin que aquí no es cualquiera de los que las Corporaciones han de perseguir según la legislación de régimen local (artículos 25 y 26 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985), sino el específico y concreto de ‘prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones’ (artículo 89-2 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976), y ha querido y quiere expresamente, con una claridad elogiable, que el producto de las enajenaciones de terrenos del Patrimonio se destinen no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de la conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal del Suelo. (Artículo 93, ya citado).

Esta es la caracterización que el legislador ha dado a los Patrimonios Municipales del Suelo, y se comprenderá que, ante tamaña claridad, sólo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer que los mismos, abandonando su origen su caracterización y su finalidad pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas necesidades presupuestarias municipales. Esto, desde luego, puede hacerlo el legislador (asumiendo el posible riesgo de desaparición de los Patrimonios Municipales del Suelo), pero no puede hacerse por la vía de la interpretación sociológica de las normas jurídicas (artículo 3-1 del Código Civil [LEG 1889\27]), porque esa interpretación ha de respetar, en todo caso, el espíritu y la finalidad de las normas, muy otros, como hemos visto, a la financiación general e indiscriminada de las necesidades municipales.”

⁴² Así se desprende del hecho que se encomienda específicamente a la ordenación urbanística y no a otra la disposición sobre la aplicación de tales destinos alternativos (art. 34.1 LS2007).

⁴³ Este elenco de materias, determina una cierta asimetría entre la legislación que debe autorizar la aplicación de estos fines alternativos y las finalidades definidas en este párrafo del artículo 31 LS2007, que puede determinar que las legislaciones correspondientes se limiten a recoger la fórmula estatal, cuyo carácter genérico podría reducir el efecto limitativo que persigue la propia medida legal.

instrumentalizar el carácter genérico de la referencia a fines sociales para desviar el uso de estos bienes⁴⁴.

4.4. Protección registral del régimen específico de transmisión de las fincas del patrimonio municipal del suelo

La entrada de los bienes del patrimonio municipal del suelo dificulta el control del mantenimiento del destino y del cumplimiento de las finalidades características de aquéllos. El carácter patrimonial de los bienes ha movido al legislador estatal para incorporar a la publicidad registral las condiciones específicas de uso y gestión de las mismas (párrafos 2 y 3 del artículo 34 LS2007). En relación con la aplicación de esas medidas conviene advertir: *a*) que son aplicables a la totalidad de los terrenos que se enajenen con independencia del título de incorporación al patrimonio municipal de suelo, es decir, estas medidas de protección no están circunscritas a los bienes obtenidos por las cesiones lucrativas previstas en el art. 16.1.b LS2007; *b*) la publicidad registral de estas condiciones es obligatoria, sancionándose su incumplimiento con la resolución de la enajenación (art. 34.3 LS2007, *in fine*); ahora bien, *c*) el recurso a la publicidad registral no deja clara su oponibilidad al tercero de buena fe que haya adquirido unos terrenos originalmente integrados en este patrimonio pero que en el título de adquisición no conste esta condición o las limitaciones derivadas de su régimen de uso, o enajenación.

5. EL DERECHO DE SUPERFICIE

El Derecho de superficie constituye la última de las instituciones incluidas en el Título V LS2007. Su presencia en nuestro

reciente derecho urbanístico ha sido permanente desde la LS1956 en la que ya se introdujo como instrumento de dinamización del suelo que incentivara la realización de vivienda, mediante la entrega a un tercero de un terreno para su edificación, y posterior explotación de la edificación por tiempo limitado.

Se trata de una institución de naturaleza típicamente privada, aún cuando se constituya por un sujeto público, sin perjuicio que su disciplina peculiar se produzca dentro de un régimen específico de intervención como es el desarrollo de la función urbanística, cuya presencia justifica, precisamente, dicho régimen peculiar.

5.1. Concepto y régimen jurídico aplicable

La Ley establece el siguiente concepto legal de esta institución en el artículo 35.1 LSS2007 al indicar:

“1. 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.”

De acuerdo con este concepto:

- 1) El derecho de superficie se configura como un **verdadero derecho real**, que como tal puede tener y tiene acceso a la protección tabular que dispensa su acceso al Registro de la propiedad (art. 35.2 LS2007).

⁴⁴ La resolución de esta imposición acumulativa de finalidades y destino se realiza, en aplicación del principio de especialidad, en los siguientes términos: las finalidades se aplican sobre el conjunto de los bienes (provenientes de cesiones obligatorias o no) y de los ingresos obtenidos de la enajenación de los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo que debe reinvertirse en la ampliación del referido Patrimonio; por el contrario el destino se aplica respecto de los bienes y recursos provenientes del cumplimiento de los deberes de cesión. La comunicación entre un circuito (patrimonial general)

y otro (particular, relativo a los bienes obtenidos por cesión) se produce en la medida que el producto de los bienes y recursos, provenientes del cumplimiento de los deberes de cesión establecidos en el artículo 16.1b LS2007, con cumplimiento de los destinos establecidos en el artículo 34.1 LS2007, no se encuentran vinculados al cumplimiento del destino previsto en dicho artículo, sino a las finalidades generales establecidas para el conjunto patrimonial en el artículo 33.1 LS2007, como desprenden del tenor literal del artículo 33.2 LS2007.

- 2) El objeto del derecho es la **propiedad temporal** —que en ningún caso puede superar los 99 años— **sobre una edificación o construcción en suelo ajeno**, cuyo titular mantiene la **propiedad separada** del mismo. Esta auténtica propiedad dividida consagra una relación intersubjetiva entre propietario de suelo y superficiario regulada por los arts. 35 y 36 LS2007 y por el título constitutivo del mismo (art. 35. LS2007).⁴⁵
- 3) De acuerdo con esta configuración legal, las construcciones o edificaciones sobre las que se puede constituir el derecho de superficie pueden deber ser realizadas por el superficiario en los plazos establecidos en el título constitutivo dentro de los que establezca la ordenación urbanística aplicable.

Esta configuración legal, presenta la importante novedad de prever una modalidad de derecho de superficie no vinculada a la construcción o edificación del inmueble objeto del mismo, lo que constituiría un elemento caracterizador del “*derecho de superficie urbanístico*”, respecto del civil. Esta ampliación, unida a la unificación de los plazos máximos para los que puede constituirse este derecho —frente a la tradicional diferenciación en función de la naturaleza del propietario del suelo—, plantea el problema de la relación de este régimen jurídico respecto del establecido con carácter general la legislación civil.

⁴⁵ Señala la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4), de 4 febrero 1993 (ARANZADI: RJ 1993\782):

“*QUINTO. Que la superficie constituye un derecho real sobre el suelo y al mismo tiempo una propiedad superficiaria y separada, es decir, comprende dos relaciones jurídicas distintas, una entre el superficiario y el dueño del suelo ajeno y otra entre el superficiario y la construcción la primera relación integra lo que puede llamarse el derecho de superficie en sentido estricto, que se polariza en una verdadera concesión ‘ad aedificandum’ o sea el derecho de poder levantar en suelo ajeno una construcción propia, renunciando el dueño del suelo, por esa concesión a la Ley de accesión y facultando a un tercero, mediando o no contraprestación de un canon, para construir; pero esa concesión de la que nace el derecho a edificar, no ha creado, sin embargo, la propiedad superficiaria, pues la construcción no existe todavía y como dice la doctrina, en el día en el que la construcción se realice no desaparecerá, ya que el derecho ‘ad aedificandum’ que ha hecho posible la propiedad separada sigue perdurando, como lo demuestra el hecho de que en el caso de destrucción de lo edificado, el superficiario o concesionario continuará teniendo el derecho a construir nuevamente, en tanto en cuando no transcurra el plazo;*

Para ello resulta necesario partir del carácter jurídico civil de la institución que analizamos, como justamente se deduce del párrafo 4 del artículo 35 cuando señala que:

“el derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación Civil y en lo no previsto por él y por el título constitutivo”.

En consecuencia, esta previsión sitúa el ámbito material de integración normativa, para el caso de dudas o lagunas de su régimen específico, compuesto por las previsiones de la LS2007 y las contenidas en el título constitutivo, en la legislación civil, sin intermediación del régimen administrativo.

Ahora bien, ¿significa ello la subsistencia del régimen general del derecho de superficie no vinculado a la legislación directa? No es fácil dar un respuesta definitiva a esta cuestión, porque aún con la amplia configuración que realiza el artículo 35.1 LS2007 habría supuestos de derecho de superficie “civil” no reconducibles a las previsiones de aquella, como son los casos en los que aquel se constituye sobre bienes que no son construcciones o edificaciones, o no se establece plazo de duración⁴⁶ y que, por lo tanto no se encontrarían sujetas al régimen previsto en los arts. 35 y 36 LS2007.

Por el contrario, la constitución de derecho de superficie sobre construcciones o edificaciones o viviendas, locales o elementos privativos sobre aquellas, quedan sujetas al régimen establecido en los arts. 35 y 36

por tanto el derecho de superficie ‘ad aedificandum’ da ocasión para que pueda existir la propiedad superficiaria y aunque hasta hace poco el derecho de superficie ha estado huérfano de normativa legal, ya que sólo existía el art. 1655 del Código Civil que dispone ‘que los foros y cualesquiera otros de naturaleza análoga que se establezcan después de la promulgación del Código Civil...’, habiendo considerado la Jurisprudencia que entre los de ‘naturaleza análoga’ se encuentra la superficie —STS 3-6-1941— y que la misma es muy similar al censo enfiteutico —STS 4-7-1928— teniendo este criterio su asiento en el art. 1611 párr. 3.º del Código Civil que expresamente afirma la analogía entre el foro y la superficie, más modernamente el derecho de superficie aparece expresamente reconocido tanto en la antigua como en la moderna Ley del Suelo de 9-4-1976 —art. 17.1.2— como en el art. 16 de la Ley Hipotecaria que lo configura como un derecho real y por tanto inscribible.”

⁴⁶ Con todo, la solución de reconducir el derecho de superficie a los supuestos previstos en la LS2007 podría sin embargo, esclarecer el régimen de la institución en relación con el arrendamiento o los censos en el sentido establecido en el artículo 1655 CC.

LS2007. Debemos recordar que, como consecuencia de la competencia plena que tiene el Estado sobre la legislación civil (art. 149.1.8 CE) este régimen tiene aplicación general y directa en todo el territorio (Disposición final 1ª LS2007⁴⁷), sin perjuicio de las especialidades derivadas de los derechos forales allí donde los haya.

5.2. Estructura del Derecho de superficie

Los sujetos intervinientes en la constitución de este derecho son el propietario del suelo y el superficiario, correspondiendo a éste el uso y explotación del inmueble objeto de derecho de superficie. La voluntad del primero es esencial ya que la Ley prevé que el derecho de superficie solo puede ser constituido por el propietario del suelo sea público o privado (art. 35.2 LS2007) lo que parece indicar la imposibilidad del establecimiento de este derecho en virtud de un procedimiento forzoso (expropiación forzosa, venta o sustitución forzosa⁴⁸). Esta previsión no implica para las entidades públicas una liberación de los procedimientos establecidos en sus respectivas legislaciones patrimoniales para los actos de disposición.

El objeto del derecho es, como ya se ha indicado, una construcción, edificación o, dentro de ésta, viviendas, locales o elementos privativos (art. 35.1 LS2007), por lo que no

será aplicable este régimen para la constitución sobre bienes distintos a los ya enumerados. Su constitución produce una división temporal de la propiedad del suelo por la que corresponde el uso y explotación del objeto al superficiario, ya ocupe la rasante, el vuelo o el subsuelo, mientras que el suelo y el subsuelo libre de edificación, salvo aquellos elementos cuya cesión se hubiera pactado a favor del superficiario, corresponden al propietario del suelo (art 36.4 LS2007).

Este derecho es, en la regulación contenida en la LS2007, esencialmente temporal, debiéndose hacer constar el plazo por el que se constituye el derecho superficie en la escritura pública correspondiente, no pudiendo superar en ningún caso los 99 años establecidos en el art. 35.2 LS2007.

El derecho de superficie puede incluir el deber de construir o edificar el inmueble objeto del mismo. En este caso, estas operaciones deben realizarse de conformidad con la ordenación territorial y urbanística y en los plazos establecidos en el título constitutivo (art. 36.5 LS2007)⁴⁹. Como la legislación urbanística puede establecer a su vez plazos (art. 9.1 LS2007) el título constitutivo deberá fijar estos plazos dentro de los previstos en la ordenación territorial y urbanística.

También puede incluirse una retribución a favor del propietario del suelo, cuando se

⁴⁷ Hay que entenderlo en consonancia con la cláusula de atribución de competencias del Estado prevista en el artículo 149.1.8 CE en la que se hace salvaguarda expresa de las peculiaridades del derecho foral, allí donde éste exista.

⁴⁸ Recuérdese que el art.31.2 LS2007 determina el régimen de propiedad horizontal como el resultante de la aplicación de la sustitución forzosa.

⁴⁹ De acuerdo con la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6), de 10 abril 1990 (ARANZADI: RJ 1990\3590) el derecho de superficie bajo esta modalidad implica el deber de costear la urbanización. En este sentido, la referida Sentencia indica literalmente que:

“SEGUNDO. La cuestión planteada está, pues, resuelta por las Sentencias de esta Sala de fecha 5 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9105) y 24 de enero de 1990 (RJ 1990\349), dictadas al resolver en apelación las recaídas en los recursos 102/88 y 110/88. Las alegaciones formuladas en la presente apelación en discrepancia con la sentencia de instancia, se centran en que los costes y gastos de urbanización no deben recaer nunca ni sobre los promotores ni sobre los titulares del derecho de superficie, sino exclusivamente sobre los propietarios. Las citadas Sentencias dictadas por esta Sala en fecha 5 de diciembre de 1989 y 24 de enero de 1990 resaltan que en respuesta a la solicitud dirigida al Ayuntamiento de Calatayud por estos titulares del derecho de superficie, se les hizo saber, entre otros extremos, que deberían

redactar, para proceder a la urbanización de las calles en cuestión, un proyecto cumpliendo así el Acuerdo adoptado en abril de 1977 concediendo licencia de obras condicionada a la urbanización por la propiedad, en la parte que les afecta, de las calles que limitan la construcción; que los indicados interesados, cumpliendo el requerimiento, presentaron el Proyecto de Urbanización que fue aprobado, y como después no llevaron a cabo las obras de proyecto, se acordó su ejecución subsidiaria por el Ayuntamiento, procediéndose al reparto de su cuantía. Por último decían las referidas sentencias que el derecho de superficie es el derecho de construir sobre fundo ajeno; que según la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo la aptitud para edificar la da el Plan, pero el derecho se condiciona con todas sus consecuencias al efectivo cumplimiento de las obligaciones y cargas que se imponen al propietario dentro de los plazos previstos en el propio Plan; con lo que resulta que el titular del derecho a edificar tiene que cumplir unas determinadas obligaciones y cargas para poder realizar su derecho, entre ellas, a tenor del artículo 83 de la Ley, la de costear la urbanización; de suerte que, en el presente caso siendo los titulares de este derecho a edificar los titulares del derecho de superficie antes citados sobre el solar en cuestión, les corresponde hacer frente a los expresados gastos, sin perjuicio de los pactos existentes entre ellos y el propietario de dicho solar.”

constituye a título oneroso, consistente en el pago de una cantidad alzada, un canon periódico, en la adjudicación de viviendas o locales o de arrendamientos sobre unos y otros, o soluciones mixtas (art. 35.3 LS2007).

El derecho de superficie implica a favor del superficiario la posibilidad de transmitir o gravar total o parcialmente el inmueble objeto del derecho, sin más limitaciones que las previstas en el título constitutivo (art. 36.1 LS2007), lo que supone la necesidad de incluir en el título dichas limitaciones para que sean exigibles. Igualmente, y sin consentimiento del propietario, cuando las condiciones del inmueble lo permitan el superficiario puede establecer un régimen de propiedad horizontal sobre el inmueble y proceder a la transmisión o gravamen de las viviendas o locales (art. 36.2 LS2007)⁵⁰. En el título constitutivo puede establecer cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo en el caso de transmisión y gravamen del bien o elementos del mismo por el superficiario (art. 36.3 LS2007)

Por su parte el propietario también puede transmitir y gravar su derecho —que incluye el subsuelo, salvo que se haya transmitido al superficiario— con separación del derecho de superficie y sin consentimiento del superficiario (art. 36.4 LS2007).

Un elemento esencial en la vida del derecho de superficie es el título constitutivo, tanto desde un punto de vista formal ya que su formalización en escritura pública y acceso al Registro de la Propiedad son requisitos para su válida constitución (art. 35.2 LS2007) y por el importante papel que desarrolla en la configuración de su contenido.

La Ley exige la constancia en la escritura pública de constitución del plazo por el que se establece el derecho de superficie (con las limitaciones previstas en el art. 35.2

LS2007), a lo que habrá que añadir aquéllas otras circunstancias que sirvan para identificar a las partes así como el objeto de dicho derecho. Dentro de este último aspecto el régimen previsto en la LS2007 exige la constancia: 1) la especificación si el derecho de superficie incluye o no el deber de construcción o edificación y en su caso el plazo establecido en el mismo, si fuera distinto al establecido en la legislación urbanística aplicable (art. 36.5 LS2007); 2) la cesión del subsuelo no ocupado por la edificación o construcción si tal fuera el interés de las partes (art. 36.4 LS2007); 3) los límites que el propietario imponga a la cesión o gravamen del inmueble (art. 36.1 LS2007); 4) los acuerdos o pactos sobre derechos de tanteo, retracto o retroventa respecto de los actos de transmisión y gravamen que realice el superficiario (art. 36.3 LS2007); 5) las reglas que procedan sobre liquidación del derecho de superficie a las que se refiere el artículo 36.5 LS2007.

5.3. Extinción del derecho de superficie

El Derecho de superficie se extingue por el transcurso del plazo para el que se constituyó (art. 35.2 LS2007). Igualmente se produce la extinción por el incumplimiento del deber de edificación y construcción de acuerdo con lo establecido en el título constitutivo y por confusión derivada de la reunión en una misma persona de las situaciones de superficiario y propietario del suelo (art. 36.5 LS2007), si bien en este caso, subsistirán las cargas que recayeran en uno u otro derecho de forma autónoma hasta el transcurso final del plazo del derecho de superficie.

La extinción por el transcurso del plazo establecido en el derecho de superficie supone la reversión del objeto del derecho a favor del propietario sin derecho a indemnización alguna “cualquiera que sea el

⁵⁰ No resulta claro el juego del apartado 1 y del artículo 36 LS2007, respecto de las limitaciones del título o la posibilidad enajenar o gravar las viviendas o locales surgidas de la división horizontal, sin consentimiento del propietario. Podrían darse tres posibles interpretaciones: 1) la primera que el título constitutivo puede limitar en todo caso la transmisión y gravamen del inmueble, incluido el caso de constitución de propiedad horizontal; 2) que en el caso de transmisiones y gravamen

de viviendas o locales surgidos de la aplicación del régimen de división horizontal del inmueble no pueden ser objeto de limitación por el texto constitutivo; o 3) que las limitaciones no son aplicables a la constitución en régimen de propiedad horizontal, aunque sí a la transmisión y gravamen. Personalmente me inclino por ésta última por constituir una interpretación más armónica de las distintas disposiciones implicadas en este juego o relación.

título en virtud se hubiera constituido” (art. 35.5 LS2007), si bien se pueden prever disposiciones relativas a la liquidación del derecho de superficie, que serán aplicables en el caso de extinción anticipada.

6. CONCLUSIONES

En definitiva la LS2007, en el desarrollo de su finalidad de racionalización de la legislación del suelo del Estado ha reunido el régimen básico o común de las instituciones de la expropiación y venta forzosa, los patrimonios públicos del suelo y el derecho de superficie.

El legislador no se ha limitado a recoger o codificar la legislación existente sobre estas

instituciones. Por el contrario ha dimensionado esta regulación al estricto ámbito de competencias que le corresponde en la materia dejando espacio para el juego que corresponda a la legislación autonómica en función del título competencial que en cada caso se ejerza (distinto en cada una de las instituciones contempladas). Además pretende desde su posición competencial, mejorar y depurar su regulación en función del nuevo contexto que en relación con la ordenación territorial y urbanística establece la LS2007.

No obstante, es en estas mejoras y precisiones donde pueden producirse dificultades como consecuencia de su inserción en cada modelo de urbanismo cuyo diseño corresponde a cada Comunidad Autónoma de acuerdo con la STC 61/1997.

ABREVIATURAS

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española, de 26 de diciembre de 1978

Ley 38/1997: Ley 38/1999, de 5 noviembre 1999, de ordenación de la edificación.

LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

LS1956: Ley de 12 de mayo de 1956, de régimen de suelo y ordenación urbana.

LS1998: Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

LS2007: Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo.

RtoEFRMS: Reglamento de edificación forzosa y registro municipal de solares, aprobado por Decreto 635/1964, de 5 de marzo.

TRLR1992: Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

BIBLIOGRAFÍA

BASSOLS COMA, M. (1973): *Génesis y evolución del derecho urbanístico español: (1812-1956)*, Montecorvo, Madrid.

— (1998): “Las expropiaciones urbanísticas y el régimen de la venta forzosa”, en *Urbanismo: función pública y protección de derechos individuales*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP: 257-312, Civitas. Madrid.

FONSECA FERRANDIS, F. (1995): *El régimen jurídico de los patrimonios municipales de suelo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & L. PAREJO ALFONSO (1981): *Lecciones de derecho urbanístico*, 2.ª ed, Civitas, Madrid.

LATORRE HERNÁNDEZ, M. (2007): “El derecho de superficie en la Ley del Suelo 8/12207. Aplicaciones prácticas en relación con la normativa valenciana”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, 235: 87 a 119.

PAREJO ALFONSO, L. (1986): *Derecho urbanístico: instituciones básicas*, Ciudad Argentina, Mendoza.
— & al. (1996): *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 2, parte especial, 4.ª ed., Ariel, Barcelona.

PAREJO NAVAJAS, T. (2006): “Las órdenes de ejecución y la situación de ruina en el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña” en *Revista de Derecho Urbanístico*, 230: 141 a 163.