

La cuestión dominical en los debates y en las propuestas finales de la Comisión de Expertos

José Luis PÉREZ LÓPEZ

Abogado.

RESUMEN: Se resumen en el artículo los distintos pareceres expuestos en la Comisión de Expertos en torno a uno de los temas centrales del urbanismo y de los debates habidos de aquélla: el concepto y contenido del derecho de propiedad inmobiliaria. Tras la exposición y a la vista de las recomendaciones finales de la Comisión en esta materia, se concluye la existencia de un cierto carácter continuista en las mismas, como consecuencia de su permanencia en el actual sistema urbanístico, pero con la incorporación de aspectos o elementos novedosos, resultado del desplazamiento del centro de gravedad de dicho sistema, desde el propietario/promotor cuasi único, a la administración responsable de la programación y ejecución urbanística y a los agentes urbanizadores, propietarios o no de los terrenos.

UNA DEDICACIÓN PREFERENTE A LA CUESTIÓN DOMINICAL

Una parte sustancial de los trabajos de la Comisión, en los foros dedicados a la *agilización de la gestión urbanística* (Grupo de Trabajo 1) y a *procedimientos de equidistribución y participación pública en las plusvalías* (Grupo de Trabajo 2) (1), se consumió en arduas discusiones sobre el contenido del derecho a la propiedad privada. Esta relevancia resultaba previsible atendida la singular influencia que esta institución jurídico-económica tiene para el Urbanismo y, particularmente, para el Urbanismo español,

regido por el principio de justa distribución de beneficios y cargas entre propietarios. Pero que se vió, además, incrementada por el hecho de que el trabajo previo elaborado por la DGVUA (2), como punto de partida para los debates, contenía una aguda crítica a la vigente regulación de la propiedad privada, a la par que le imputaba ser causa principal de la cautividad del mercado inmobiliario, de la especulación y de la carestía del suelo y de la vivienda.

Pero a pesar de esta dedicación preferente no sólo no se llegó a conclusiones de consenso, lo cual también era lógico si nos atenemos a la heterogeneidad de la Comisión, sino que la falta de acuerdo influyó

Recibido: 26-1-95.

(1) Grupos titulados más tarde, de manera significativa, como *Planeamiento urbanístico. Naturaleza, niveles y contenido y Relaciones entre la propiedad del suelo y la producción inmobiliaria*, respectivamente.

(2) «Borrador del prediagnóstico inicial. Aproximación a una primera identificación-valoración de los problemas de suelo y urbanismo». DGVUA. MOPTMA.

notoriamente en que en ésta concreta materia se formularan unas recomendaciones que, en mi parecer, podrían calificarse de continuistas en lo sustancial, sin perjuicio de la incorporación de algunos aspectos innovadores.

Trataremos en las líneas siguientes de sintetizar las distintas posturas expresadas en el seno de la Comisión, y de cuya discusión alumbraron las recomendaciones finales.

UNA BIPOLARIZACIÓN DE PARTIDA: TRADICIONALISTAS Y CONSTITUCIONALISTAS ORTODOXOS

Desde los albores de los debates se produjo una polarización entre dos posiciones que, sin ánimo peyorativo alguno, podríamos etiquetar como tradicionalista una y constitucionalista ortodoxa otra, en exclusiva referencia en ambos casos a las opiniones vertidas sobre la cuestión dominical.

Resulta preciso advertir como este enfrentamiento se dió incluso en planos por lo general ya superados en los debates doctrinales y en los pronunciamientos de nuestros tribunales.

Ello se debió a que la posición tradicionalista (3), sobre la que se cimentaron la mayor parte de las tesis liberales y liberalizadoras a ultranza desarrolladas en la Comisión, partió de una concepción iusnaturalista, que considera la propiedad privada como un derecho subjetivo, prolongación necesaria de la libertad individual, ínsita en los fundamentos mismos de la sociedad civil, que reconoce la existencia de una relación jurídica, de pleno dominio, entre los sujetos y las cosas.

A despecho de la literalidad de la norma y de la reiterada interpretación dada a la misma por el TC, los defensores de ésta concepción entendieron que la función social que el artículo 33 de la CE vincula al derecho de propiedad, afecta solamente al objeto. De forma que la estructura del derecho comprende todas las facultades en la relación

directa entre una persona y una cosa, incluido el *ius aedificandi*, aunque se limite externamente por el legislador.

En esta teoría, el ejercicio de la función pública que determina la transformación de un suelo no urbanizable en urbano, no supone la alteración del núcleo estructural del derecho de propiedad, ni habilita a los poderes públicos para disociar el «*ius aedificandi*» de ese núcleo esencial o para atribuir su titularidad a la comunidad.

El derecho de propiedad así concebido es, se afirmó, un valor cultural socialmente aceptado, cuyo rango no puede ser desconocido, ni tan siquiera por el legislador constitucional.

Esta teoría sobre la propiedad inmobiliaria acompañó, según ya hemos dicho, a las recetas desreguladoras, consistentes básicamente en la multiplicación del suelo urbanizable (prohibiendo la urbanización y edificación tan sólo en las áreas cuyos valores naturales requirieran su protección), la reducción o supresión de las cargas urbanísticas y su sustitución por fiscalidad, la minoración también del papel de las administraciones públicas y de las trabas administrativas y una mayor seguridad jurídica (del propietario del suelo).

Frente a éstas tesis, una mayoría de los expertos se alineó en posiciones más evolucionadas y ajustadas al dictado del vigente texto constitucional, superando la creencia de que el fundamento exclusivo de la propiedad privada estaba en la libertad individual y, por tanto, el ejercicio de los poderes atribuidos por el ordenamiento jurídico al titular del derecho, dirigido únicamente a la satisfacción de su interés privado, y situando su fundamento en la *pertenencia del titular a una organización social* (4), con lo que la atribución de aquellos poderes tiene en cuenta ahora no sólo el interés privado, sino las más generales exigencias de la sociedad en su conjunto.

Inserta en esta concepción, la CE en su artículo 33 determina que la función social del derecho a la propiedad privada delimita su contenido de acuerdo con las leyes. «Función

(3) Para un estudio de esta tesis, puede verse, J.L. de los MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid, 1993.

(4) V.L. MONTES, *Panorama de la propiedad privada después de la Constitución de 1978*. Madrid, 1986.

social entendida ahora no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo» (5).

La función social es así un concepto que debe atender a valores o bienes constitucionalmente reconocidos y su concreta determinación deberá realizarse por el legislador ordinario, respetando un contenido esencial del derecho, de acuerdo con lo exigido por el artículo 53 del propio texto legal.

Por contenido esencial debe entenderse «aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que le dan vida, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (6).

Como efecto de la necesidad de materializar estos conceptos para cada tipo de bienes de distinta naturaleza y características (materiales-inmateriales, muebles-inmuebles, rústicos-urbanos, etc.), se hace imposible la existencia de un único contenido del derecho de propiedad, existiendo una pluralidad de regulaciones distintas (7).

Para nuestro legislador ordinario y para una reiterada jurisprudencia, el *ius aedificandi* no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad inmueble, al ser su determinación una función pública (artículo 47 CE), cuya minoración e incluso supresión no confiere derecho indemnizatorio alguno, salvo en los supuestos (de patrimonialización) tasados por la propia ley.

Se ha producido, en definitiva, una disociación entre el derecho de propiedad del suelo y las decisiones urbanísticas relativas al mismo, privando de éstas últimas al propietario y atribuyéndolas al poder público (8).

El contenido esencial del derecho de propiedad estaría constituido así por las

facultades de goce, disfrute y disposición (los clásicos *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*).

En idéntico sentido parece apuntar el propio TC, mientras llega su sentencia referida al recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley 8/1.990, de 25 de julio (9).

En éstas últimas líneas hemos descrito el mínimo común denominador de las posiciones genéricamente localizadas en la ortodoxia constitucional, pero es lo cierto que más allá tampoco existió unanimidad entre sus partidarios, dando lugar al planteamiento de recetas muy diversas en orden a la consecución del fin primordial de la Comisión, del abaratamiento del suelo y de la vivienda.

LOS DESENCUENTROS EN LA ORTODOXIA

Las divergencias se dieron dentro de un amplio arco:

En un extremo, los defensores de que las facultades de urbanizar y de edificar aunque no forman parte del contenido esencial si son inherentes a la propiedad urbana, a partir de la decisión jurídico-pública de clasificarla como suelo urbanizable o urbano, y en tanto que el propietario dé fiel y puntual cumplimiento a los deberes impuestos. Es decir, *el ius aedificandi* no forma parte de la propiedad constitucional, pero sí pertenece a la esencia de la propiedad urbana (10).

Las propuestas conexas a esta tesis defendían, por ello, facilitar la acción de los propietarios en el orden urbanístico (más suelo urbanizable, mayor agilización y simplificación en la gestión), con supresión de ciertos excesos compulsivos de la Ley 8/90 en orden a la adquisición/perdida gradual de las facultades del *ius aedificandi* y reducción en la cuantía de las cesiones.

En el extremo contrario, con una formulación novedosa, la teoría dualista de la propiedad inmobiliaria desagregada (11).

(5) Sentencia del TC 37/87, de 26 de marzo.

(6) Sentencia del TC 37/87.

(7) Sentencia del TC 149/91, de 4 de julio.

(8) Sentencia del TS de 16 de diciembre de 1985.

(9) Sentencias del TC 37/87 y 170/89, ésta última, de 19 de octubre.

(10) J. BARNÉS VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional*. Madrid, 1988.

(11) L. PAREJO ALFONSO, *El contenido urbanístico de la propiedad del suelo*. Comunicación presentada al Grupo de Trabajo 2 de la Comisión de Expertos: J. GARCÍA-BELLIDO. «Configuración de la Propiedad desagregada: Dualidad de derechos en la propiedad inmobiliaria». RDU números 138 y 139.

LA TEORÍA DUALISTA DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DESAGREGADA

Su razonamiento básico, expuesto con brevedad, es el que sigue:

1.º Que existe una perfecta disociación entre el uso y el disfrute del suelo conforme a su naturaleza y el aprovechamiento urbanístico del mismo, constituyendo lo primero parte del contenido esencial del derecho de propiedad y lo segundo una potestad pública.

2.º Que en la medida que la creación pública de aprovechamientos determina una realidad potencial, se hace precisa una actividad para su materialización (urbanización y edificación) y un agente que la lleve a cabo. Actividad que, al no formar parte de la propiedad y regirse por la libertad de empresa (art. 38 CE), su principio regulador debe ser el de la igualdad de condiciones para el acceso y ejercicio de la misma.

3.º Que ni el propietario, ni ningún otro particular tienen título jurídico suficiente para llevar a cabo esta actividad, pues es también una función pública y su prestación un servicio público, cuando se ejecuta *ex novo* tejido urbano por lo que en el supuesto de no realizarse directamente por la Administración, la determinación del agente urbanizador deberá realizarse mediante licitación pública.

Para alguno de los defensores de ésta tesis la anterior construcción quebraría o se excepcionaría en el caso de los solares, al no haber realización sistemática de nueva ciudad, por lo que aquí la solución debería ser atribuir directamente al propietario del suelo la actividad de construcción.

Creemos que la aportación más ambiciosa de esta corriente, viene representada por el intento de elaboración de las bases para una teoría general de la propiedad inmueble (12) que pretende explicar la lógica y la pertinencia de la coexistencia de dos formas de dominio, desagregadas esencialmente, en un mismo espacio físico.

Es decir, la desvinculación efectiva del llamado contenido normal agregado, que quedaría substantivamente escindido del

contenido esencial de la propiedad. Las facultades correspondientes al titular de ésta última serían las de goce y disposición de la lámina del suelo. Y al primero, el dominio útil urbano, constituido por las facultades de producir y usar el bien en la forma determinada por la sociedad y de obtener rendimiento del aprovechamiento urbanístico.

Para sus valedores, la trascendencia de ésta nueva figura «reside en que todo el complejo de facultades/derechos urbanísticos, creados por y para el interés general por la colectividad, hasta ahora asignados en automática exclusiva al detentador de la titularidad real del dominio del suelo, se pueden trasladar, como resultado de una operación de libre concurrencia en igualdad de condiciones, al poseedor sobrevenido «ad extra», no propietario del suelo, titular del componente activo empresarial de esa ficción social de toda propiedad urbana», permitiendo «liberalizar efectivamente y hacer competitivo el actual mercado cautivo del suelo de nuestras ciudades, pueblos y campos» (13).

Es indudable que la novedad y radicalidad de este planteamiento entrañaba *ab initio* una gran dificultad para su aceptación pacífica por el conjunto de comisionados, pero en cualquier caso se esgrimieron importantes reparos al mismo:

a) La concepción minimalista de la propiedad privada, sin intervención del Estado en su regulación básica, podría dar lugar a múltiples estatutos de la propiedad inmueble, contrariando el principio de igualdad del art. 14 de la CE

b) Un excesivo debilitamiento de la posición del propietario en el proceso urbanizador y de edificación podría producir graves pérdidas de sinergia en la base económica de las ciudades, amén de la degradación del marco de seguridades públicas necesario para el normal desenvolvimiento de los agentes económicos.

c) Ocasionaría a corto y medio plazo un impacto económico muy negativo en el mercado inmobiliario e hipotecario.

d) El enclaustramiento de toda la actividad urbanizadora y edificatoria a realizar por la

(12) J. GARCÍA-BELLIDO, cit.

(13) J. GARCÍA-BELLIDO, cit.

empresa privada, en los mecanismos y límites de la licitación pública podría llegar a producir efectos contrarios a los que se pretenden en orden a la agilización y abaratamiento del suelo y la vivienda.

e) La CE, en su artículo 47, ampara la participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística, pero no su atribución total a la misma.

LAS RECOMENDACIONES FINALES DE LA COMISIÓN: NON NOVA, SED NOVE

Puede afirmarse que las recomendaciones finales de la Comisión no responden en su plenitud a ninguna de las teorías, razonamientos y propuestas formuladas a lo largo de sus sesiones. Sin abandonar de forma sustancial la construcción que en lo relativo a la propiedad privada se contiene en la actual legislación, proponen algunas correcciones importantes, de índole positiva, en la idea, creemos que feliz, de que es preferible abrir, que no cerrar, posibilidades de acción. Bien mirado, las recomendaciones dirigen no tanto a la creación de cosas nuevas, como a nuevas formas o maneras de exponerlas, *non nova, sed nove*, consecuencia del desplazamiento del centro de gravedad del sistema urbanístico, que permanece en su esencia:

Se mantiene, como principio fundamental, que la creación del espacio colectivo es una función pública irrenunciable, pero se reconoce que el Urbanismo no ha sido utilizado regularmente como instrumento de acción positiva en la formación de la ciudad y que, con frecuencia, ha sido insensible a los factores que conforman el mercado del suelo, unido a una excesiva confianza de los planificadores en su capacidad de predecir y determinar el futuro. Para procurar solución a este déficit histórico se prevé independizar el plan general de ordenación, marco estable y consensuado, de su programación (Programas Plurianuales de Actuación), instrumento de acción de gobierno municipal en materia de suelo, abierto a la realidad del mercado que, necesariamente, debe recoger las iniciativas urbanizadoras privadas que sean congruentes

con el modelo urbano definido. La permeabilidad del Programa a las iniciativas privadas se convierte en un elemento clave para permitir que éstas puedan incidir en el ajuste de la oferta del suelo a las necesidades de la población.

Se reconoce también la responsabilidad pública de la ejecución del planeamiento, que la Administración podrá ejercitar directa o indirectamente. En este último caso, mediante su atribución a los propietarios del suelo, en relación vicarial con aquélla y ejercitando un deber/facultad ya en ese momento inherente al derecho dominical, o bien, mediante concesionario seleccionado en concurso público, al que podrá otorgarse desde la simple actividad material de la urbanización, al desarrollo integral de la ejecución urbanística. En los supuestos de exclusión total de los propietarios de los terrenos de estos procesos, deberán ser indemnizados mediante la oportuna expropiación.

Se mantiene que el planeamiento urbanístico delimita positivamente el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo, definiendo y concretando en cada lugar la función social de la propiedad desde el interés general al que ésta debe supeditarse. Pero se propone que en los suelos no urbanizados pero urbanizables, su transformación requiera la atribución del correspondiente derecho por la Administración, que se producirá no en el momento de la clasificación urbanística, sino en el de la programación efectiva del proceso urbanizador correspondiente, a instancias del o de los interesados, propietarios o no del suelo, o bien a iniciativa pública.

Mientras no ocurra ese acto explícito de programación la propiedad urbana no urbanizada, no tendrá atribuido, ni su propietario podrá apropiarse de aprovechamiento urbanístico alguno, ni en consecuencia, tendrá obligación de urbanizar o de edificar.

En suelo urbano urbanizado no será necesaria la programación, pudiendo establecer los planes de ordenación plazos para proceder a la edificación, determinando para el supuesto de su incumplimiento mecanismos sancionadores o incluso de construcción forzosa, complementarios o

sustitutos de los actuales. Si bien deberán arbitrarse con carácter preferente métodos indirectos que estimulen el ejercicio de las facultades edificatorias por los particulares.

Para asegurar la participación en las plusvalías generadas por la acción urbanística en el suelo urbano consolidado recomienda la Comisión estudiar la sustitución del sistema de áreas de reparto y aprovechamientos tipo, por otros alternativos que permitan una aplicación sencilla, especialmente en los municipios con escasa capacidad de gestión y en los ámbitos consolidados heterogéneos.

Las valoraciones de suelo deberán atemperarse al carácter no atributivo del planeamiento en los suelos no urbanizados, no pudiendo incorporar expectativas urbanísticas no ganadas, aunque sí rentas de posición.

Valor de posición que el mercado reconocería a la posibilidad que asiste al propietario del suelo urbanizable de promover desarrollos urbanos de viviendas protegidas o asimiladas, con densidades, imputación de costes internos y externos de urbanización y estándares de calidad acordes con las previsiones del planeamiento general.

CONCLUSIONES

Estas recomendaciones finales se incardinan claramente, creemos, en la concepción del derecho de propiedad privada que deriva de los arts. 33 y 53 de la CE y de la interpretación dada hasta ahora por el TC, con claro rechazo de la teoría que al inicio denominamos tradicionalista: reconocimiento del derecho a la propiedad privada, tanto en su vertiente abstracta, como en la subjetiva; función social delimitadora del propio derecho; salvaguarda del contenido esencial que, en el supuesto de la propiedad urbana, no incluye el «ius aedificandi» como facultad que integre ese núcleo esencial y cuya reducción o supresión supondría la expropiación total o parcial del derecho.

Sin que las recomendaciones asuman, tampoco, la teoría dualista más allá de la conceptualización de la ejecución de la urbanización como un servicio público y su

concesión a la iniciativa privada mediante licitación pública, pero con la importante excepción, frente a aquella teoría, del supuesto de su atribución directa a los propietarios de los terrenos (sin que ello deba suponer la minoración de las obligaciones y deberes del propietario/promotor).

Reconocimiento de la propiedad privada que no impide utilizar la expropiación como sistema no subsidiario para la ejecución de los planes, ya se actúe por gestión directa o indirecta (concurso).

Puede afirmarse así que las recomendaciones no reconocen la desvinculación del contenido normal agregado del contenido normal de la propiedad, en los términos que expone la referida teoría dualista. Ni tampoco que la creación pública de los aprovechamientos urbanísticos, como emanación de la facultad pública de ordenar el territorio para la consecución de los valores recogidos en los artículos 40, 45, 46 y 47 de la CE, permita configurar ese aprovechamiento virtual y futuro como un bien de dominio público o patrimonial perteneciente al ente creador. La participación de la Administración Pública en las plusvalías generadas por el planeamiento y su ejecución, tiene como título jurídico legitimador exclusivo lo dispuesto en el propio artículo 47 de la CE.

Pero se constata, en definitiva, que se ha producido el desplazamiento del centro de gravedad del sistema al que antes aludíamos, desde la figura del propietario/urbanizador cuasi exclusivo y la gradual y compulsiva atribución de deberes y facultades al mismo, piedra angular de la actual construcción legal, a la de la administración pública, sujeto principal y responsable de la programación y ejecución del planeamiento y a la de los agentes urbanizadores, propietarios o no de los terrenos.

Algunas de las reglas de carácter general contenidas en las recomendaciones finales, serían susceptibles de conformar unas condiciones básicas del derecho de propiedad inmueble, que podrían garantizar una igualdad de trato de todos los españoles en el ejercicio y contenido de tal derecho (art. 149.1.1 de la CE), sin que ello supusiera vaciar de contenido las competencias legislativas de las comunidades autónomas.