

Derecho de propiedad y derecho a edificar

SUMARIO: I. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA: 1. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO. 2. LA CONFIGURACIÓN DEL *DOMINIO DIVIDIDO* MEDIEVAL. 3. EL RETORNO A LA PROPIEDAD ABSOLUTA.—II. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD: 1. INDICIOS DE SOCIALIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DECIMONÓNICA. 2. LAS LEYES DEL SUELO PRECONSTITUCIONALES. 3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.—III. EL DERECHO A EDIFICAR COMO CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD URBANA.—IV. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA PROPIEDAD.—V. CONCLUSIÓN: EL DERECHO DE PROPIEDAD COMO «MONOPOLIO DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA».

La propiedad es un derecho que evoluciona con el tiempo. Su contenido y función varía según las circunstancias históricas y según la ideología imperante. Por ello no cabe hablar de crisis actual del derecho de propiedad sino de modalización o adaptación de la institución al momento histórico que vivimos (1). El derecho de propiedad en la actualidad es un derecho *socializante*, un instrumento del moderno Estado Social y Democrático de Derecho, para organizar armónicamente a la sociedad. Hoy en día, con la regulación de la propiedad, no se persigue únicamente el interés individual y exclusivo de su titular, tal y como ocurría en la época liberal, sino también el *interés general* de la comunidad.

I. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA

La propiedad o el dominio pueden definirse, con carácter general, como aquel derecho real que otorga a su titular el mayor poder que existe sobre una cosa. No obstante, la configuración y el contenido de este derecho han varia-

(1) ANGOSTO SÁEZ, JOSÉ FULGENCIO, *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Universidad de Murcia, 1998, pág. 18.

do según las circunstancias históricas (2). El derecho de propiedad es, en efecto, un derecho que ha marcado cada etapa histórica, de tal modo que, como afirma un insigne autor, con la historia de la propiedad se explica la historia de la humanidad (3).

1. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano clásico se distinguía la propiedad *in bonis habere* de la propiedad *ex iure quiritium* (4). La primera recaía sobre las cosas *nec Mancipi* y la segunda se refería a las *res Mancipi* (5). Las *res Mancipi*, bienes susceptibles del dominio *ex iure Quiritium* (6), sólo podían adquirirse por la

(2) En general, sobre el derecho de propiedad en España, y sin ánimo de ser exhaustivos, pueden citarse las siguientes obras: CÁRDENAS, FRANCISCO DE, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, Imprenta de J. Noguera, Madrid, 1873; ALONSO MARTÍNEZ, M., *Estudios sobre el derecho de propiedad*, Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Tomo III, Madrid, 1875; AZCÁRATE, GUMERSINDO, *Ensayo sobre el derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, 3 vols., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1879 a 1882; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *La propiedad y sus problemas actuales*, 2.^a edición revisada y ampliada, Instituto Editorial Reus, 1963; MONTES PENADÉS, VICENTE, *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo: un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978*, Ed. Civitas, Madrid, 1980; LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988; LOBATO GÓMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1989; RIVERO HERNÁNDEZ, *Idea general de la propiedad en la etapa precodicial*, Centenario del Código Civil, Madrid, 1990; DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993; *Historia de la Propiedad en España, Siglos XV-XX*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, que recoge las ponencias del Encuentro Interdisciplinar celebrado en Salamanca en junio de 1998.

(3) AZCÁRATE, GUMERSINDO, «Ensayo sobre el derecho de propiedad y su estado actual en Europa», *op. cit.*, págs. 16 y sigs.

(4) Sobre la regulación del derecho de propiedad en Roma, vid. MAYNZ, CARLOS, *Curso de Derecho Romano*, traducido por Antonio José Pou y Ordinas, Tomo I, Segunda edición, Jaime Molinas Editor, Valencia, 1892, págs. 730 y sigs. D'ORS, ÁLVARO, *Derecho Privado Romano*, Octava edición revisada, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, págs. 179 y sigs.

(5) MAYNZ, CARLOS, *op. cit.*, pág. 732, cita las palabras de Ulpiano XIX, 1; «*omnes res aut Mancipi sunt, aut nec Mancipi. Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aqueductus* (Gayo, II, 17, 29) *item servi et quadrupedes quae dorso collo domantur, velut boves, muli equi, asini. Ceterae res nec Mancipi sunt: elephantum et camelum, quamvis collo dorso domantur, nec Mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt*».

(6) El dominio *ex iure Quiritium* era la propiedad garantizada por la República y exigía tres condiciones: capacidad personal del individuo, capacidad de la cosa y modo de adquisición conforme al Derecho Civil de los romanos.

mancipatio (7) o por la *in iure cessio* (8). Por contra, la transmisión de las *res nec Mancipi*, exigía sólo la tradición.

Con el tiempo se fueron eliminando las diferencias entre ambos tipos de dominio, llegándose a una unificación del Derecho de propiedad con la derogación de la exención de tributos a la propiedad quiritaria en tiempos de Augusto y con la generalidad de la Constitución de ciudadanía dada por Caracalla. En virtud de estas reformas, en el Derecho Romano nuevo no hay más que una sola especie de propiedad. La antigua división entre las *res Mancipi* y las *res nec Mancipi* desaparece totalmente, la *mancipatio* y la *in iure cessio* son reemplazados por la simple tradición, y la *rei vindicatio* se concede a toda propiedad (9).

El propietario en el Derecho Romano tenía un poder casi omnímodo sobre la cosa. La propiedad se definía de forma abstracta, como la suma de todos los poderes posibles, indefinidos *a priori*, sobre un bien. Como consecuencia de esta concepción se predicaba de la propiedad su carácter elástico, en el sentido que podía verse desprovista circunstancialmente de ciertas facultades sin dejar de ser propiedad. De este modo el propietario atraía para sí todas las facultades sobre la cosa que no hubieran sido atribuidas a otra persona. Se establece, por lo tanto, una idea unitaria de la propiedad entendida como poder absoluto, ilimitado y exclusivo (10). La propiedad es el conjunto de todas las facultades, de todas las posibilidades de actuación del dueño.

En cuanto al *ius aedificandi*, éste no era más que una de las múltiples facultades que ostentaba el *dominus*. En el Derecho Romano ya se establecieron normas que regulaban y limitaban la facultad de edificar. Así en la Ley de las XII Tablas, para impedir la demolición de los edificios se prohibía al propietario de los materiales empleados en las construcciones, el derecho de pedir la devolución de estos materiales, concediéndole, a título de indemnización, el doble de su valor. Por una razón análoga, algunos edictos de Adriano y Vespasiano y varios senadores consultos prohibieron quitar de las casas en las ciudades y quintas en el campo, *domus et villae*, las estatuas, columnas, etc., que les servían de adorno, demoler estas casas con objeto de lucro o venderlas para ser derribadas. Se estableció el deber de tolerar la pared del vecino que hiciera salida, siempre que ésta no excediera de medio pie (11). Se dictaron varios edictos imperiales determinando la altura máxima

(7) La *mancipatio* era un acto solemne celebrado ante cinco testigos, representantes de las cinco clases de pueblo.

(8) La *in iure cessio* era un acto verificado ante el Pretor.

(9) MAYNZ, CARLOS, *op. cit.*, pág. 740.

(10) MAYNZ, CARLOS, *op. cit.*, pág. 741.

(11) MAYNZ, CARLOS, *op. cit.*, pág. 748.

de los edificios (12). En el Codex también se encuentran disposiciones que limitaban el *ius aedificandi* para proteger las vistas al mar (13).

2. LA CONFIGURACIÓN DEL DOMINIO DIVIDIDO MEDIEVAL

Con el declive del Imperio Romano y su invasión por los denominados pueblos bárbaros se produjo un cambio en las estructuras sociales y jurídicas que provocó la aparición de una nueva concepción de la propiedad. La propiedad deja de tener el carácter absoluto que tenía en el Derecho Romano clásico, y se produce la llamada *división del dominio*, esto es, el reparto de los poderes sobre la tierra entre el propietario y el beneficiario, entre el concesionario y el sirvo.

La *propiedad beneficiaria* al principio estaba constituida por las concesiones hechas por los reyes a los nobles o por éstos a los plebeyos, incorporándose posteriormente, bajo idéntico régimen, la propiedad alodial en la que, por iniciativa de su dueño, se *recomendaba* a un señor a cambio de diversos servicios, como la protección. Cuando los vínculos derivados de esta propiedad beneficiaria se hacían hereditarios pasaban a denominarse feudo. La *propiedad censual* consistía en el disfrute de unos terrenos a cambio del pago de un canon. Finalmente, la *propiedad servil*, último escalón en el ámbito de las relaciones hombre-cosa, consistía también en la posesión por parte de los siervos de una tierra señorial, pero estando unidos y ligados con la tierra misma, con una libertad restringida y prestando, además de la correspondiente aportación económica periódica, todo tipo de servicios de carácter temporal (14).

Con el transcurrir del tiempo y debido a las presiones de los concesionarios de las tierras, la propiedad beneficiaria y los oficios u honores se convirtieron en hereditarios (15). El fortalecimiento de los derechos de los concesionarios provocó la calificación de estos poderes como *dominio útil* frente al *dominio directo o eminente* del señor propietario (16).

(12) La altura de los edificios fue limitada, por ejemplo, por Augusto en la *Lex Julia de modo aedificorum urbis*.

(13) Codex, 8, 10, 12, 4.

(14) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, «La propiedad y sus problemas actuales», *op. cit.*, pág. 111.

(15) Los oficios u honores consistían en el ejercicio de funciones públicas que llevaban anejas el derecho a percibir una parte de los impuestos recaudados en el ámbito territorial en que tales funciones se desarrollaban.

(16) FEBRERO, JOSÉ, *El febrero adicionado o librería de escribanos, abogados y jueces*, Tomo segundo, octava impresión, Madrid, 1825, pág. 313, califica este tipo de dominio como imperfecto: «El imperfecto es el que tiene dos o más en una alhaja, v.gr., el señor del directo en el feudo o enfiteusis, y del útil que es el feudatario, enfiteuta, superfiario, y usufructuario, y el que por largo tiempo tiene locada alguna finca, pues cada uno de estos reconoce a otro por dueño igualmente de ella, y no es solo».

Con el enfeudamiento progresivo se incrementaron los vínculos de fidelidad en perjuicio de las relaciones de obediencia debidas al Rey por todos sus súbditos. La herencia de los beneficios y de los oficios llevó consigo una fusión de soberanía y propiedad, dejando la primera de estar en poder del Rey y pasando a los señores-propietarios (17). *Señor* es llamado el que tiene dominio sobre todos los que viven en territorio o potestad de armar caballos; y *vasallo* el que recibe de su señor honra, beneficio, tierra, dinero o cosa semejante (18).

Por lo que respecta a la facultad de edificar, en el Derecho español medieval también se encuentran algunas normas que tratan de limitarla (19).

3. EL RETORNO A LA PROPIEDAD ABSOLUTA

Durante la Edad Moderna se produce, de forma progresiva, la decadencia del régimen feudal en su aspecto político, de modo que la soberanía vuelve a unificarse bajo el poder absoluto del monarca. Por lo que respecta al ámbito puramente civil, la transformación de la situación jurídica de las tierras y de la concepción de la propiedad coincide con la Revolución Francesa. Bajo la máxima «*Libertad, igualdad y fraternidad*», se busca una propiedad libre de ataduras y por ello se abole la división del dominio, concentrando la propie-

(17) Sobre la teoría de la fusión entre soberanía y propiedad y sus diversos factores, vid. ANGOSTO SÁEZ, JOSÉ FULGENCIO, *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre suelo urbano*, Universidad de Murcia, 1998, págs. 23 y sigs. Según el citado autor, esta fusión se produce, en primer lugar, a causa de la jurisdicción delegada por el monarca en los grandes señores que ejercían así funciones de Derecho Público. En segundo lugar, a causa de la *inmunidad* concedida también por el Rey al señor y los habitantes de un territorio en virtud de la cual quedaban exentos de la jurisdicción real. Finalmente, por la jurisdicción patrimonial ejercitada por el cedente respecto a los cesionarios de sus tierras.

(18) FEBRERO, JOSÉ, *El febrero adicionado o librería de escribanos, abogados y jueces*, Tomo segundo, octava impresión, Madrid, 1825, pág. 311: «*Los señores tienen derecho a que sus vasallos les paguen las contribuciones que el Rey les concedió, por estar subrogados en el suyo, y a que los amen, honren, guarden y sirvan fielmente en paz y en guerra; pero deben corresponderles mutuamente*».

(19) En las Partidas, por ejemplo, se establecen unas limitaciones en las construcciones, con la pretensión de mantener las alineaciones, de forma que no pudieran sobresalir hacia la carrera más allá de lo que acostumbraban a hacerlo los vecinos del lugar.

Partida Tercera, Título XXXII, Ley 25: «*Otrosi decimos que torre ó casa queriendo alunt home facer de nuevo en lo suyo, puédelo facer dexando tanto espacio de tierra fasta la carrera quanto costumbraron los otros sus vecinos de aquel logar, et puédela alzar quanto quisiere, guardándose todavía que non descubra mucho las casas de sus vecinos*» (Fuente: «Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio», *op. cit.*, Tomo II, pág. 781). CARRASCO, «*Ius aedificandi y accesión*», *op. cit.*, pág. 38, al comentar este párrafo de las Partidas recuerda que Gregorio López glosa el «*quanto costumbraron*», señalando que «*consuetudo in aedificando est servanda*». Así pues, la *consuetudo* actúa como una regla limitadora de la *libertas aedificandi*.

dad en manos de los titulares de uno de ellos. Se vuelve por lo tanto a la concepción individualista, unitaria y absoluta de la propiedad preconizada por los romanistas.

En cuanto al derecho a edificar, si bien se mantenía un concepto absoluto del derecho de propiedad, existían también algunos límites (20). El control de la edificabilidad era competencia de las ciudades y de los pueblos (21).

En la época de la Codificación, el derecho de propiedad se configura definitivamente como un derecho subjetivo de carácter absoluto, un ámbito de libertad exclusivo, tan sólo limitado por las disposiciones legales. Según la concepción liberal, imperante en la propiedad codificada, la propiedad es un derecho absoluto que además sólo persigue fines individuales. En este sentido, puede considerarse que los Códigos del siglo XIX retomaron, en cierto modo, la concepción romana de la propiedad (22).

Claro exponente de esta concepción individualista y liberal de la propiedad es el artículo 544 del Código Civil francés de 1804, según el cual la propiedad es el «derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la forma más absoluta» (23).

El Código Civil español también estuvo influenciado por la corriente de pensamiento liberal, y su artículo 348 configura el derecho de propiedad como un derecho subjetivo, definiéndolo como el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Señala el artículo que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

(20) En España, por ejemplo, con la Ordenanza de Edificios, de 3 de diciembre de 1538, dictada por Carlos I, se impuso el ensanchamiento de las calles y la prohibición y limitación de vuelos y saledizos, para embellecer y mejorar la salubridad de la ciudad de Granada. Sobre esta Ordenanza, véase ESCRIBANO COLLADO, *La propiedad privada urbana. Encuadramiento y régimen*, Madrid, 1979, págs. 42 y sigs.

(21) En la Ordenanza de Intendentes y Corregidores de 1749 se preveía que «*las Justicias de las ciudades, villas y pueblos, se esmeren en su limpieza, ornato, igualdad y empedramiento de las calles y que no permitan desproporción ni desigualdad en las fábricas que se hicieren de nuevo y muy particularmente atenderán a que no se deforme el aspecto público, con especialidad en las ciudades y villas populosas*» (Novísima Recopilación, L. 2, T. XXXII, L. VII).

(22) ALONSO PÉREZ, MARIANO, «La propiedad en el Código Civil», en *Historia del Derecho de Propiedad*, siglos XV-XX, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 481.

(23) BIRET, M., *Applications au Code Civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste*, Tome I, Arthus Bertrand, Libraire, Paris, 1824, pág. 207, pone de relieve la influencia del Derecho Romano en el Código Civil francés en materia de Derecho de propiedad al citar como precedente del artículo 544 del Código Civil francés, la Ley 21, *Cod. Mandati*, «*Dominium, est jus utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*».

Del artículo 348 del Código Civil se deriva que la propiedad consiste en la suma de las facultades de goce, disfrute y reivindicación. Dado el carácter absoluto que tenía la propiedad en el pensamiento liberal, dentro de las facultades del artículo 348 puede considerarse también incluida la *facultas aedificandi* en cuanto a los bienes inmuebles (24).

En el Código Civil español la regulación del derecho de propiedad tiene por finalidad la satisfacción de los intereses exclusivos de los propietarios (25). Sin embargo, son varios los autores que consideran que la regulación de la propiedad en el Código no resultaba acorde con la época en la que se promulgó (1889), época caracterizada por la progresiva industrialización en las ciudades y el minifundismo y latifundismo en el campo (26). A finales del siglo XIX las ideologías socializantes mostraban ya que el individualismo exacerbado que imperaba en el derecho de propiedad había de ser corregido en beneficio de intereses generales. El derecho de propiedad aparecía entonces junto con tres nociones históricamente ajenas al mismo como son la de «deber», la de «límites» y la de «función social» (27).

II. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La funcionalización de la propiedad significa una nueva metamorfosis del instituto dominical. La propiedad se atribuye y se ejercita no sólo para satisfacer los intereses individuales de su titular, sino también en función de determinados intereses de la colectividad que el Ordenamiento considera dignos de protección. La doctrina ha señalado incluso que la incorporación de la

(24) El artículo 350 del Código Civil especifica que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en el terreno las obras que le convenga, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas y en los reglamentos de policía.

(25) Sin embargo, el Código español es, en cierto modo, menos «liberal» que el francés y así, por ejemplo, en el artículo 348 del Código Civil no se hace referencia al carácter absoluto de la propiedad que sí especificaba el artículo 544 del *Code Napoléon* de 1804. Quizá, el codificador español de 1889 fue influenciado por las corrientes de pensamiento contrarias a los efectos negativos del liberalismo que empezaron a desarrollarse a lo largo del siglo XIX.

(26) COCA PAYERAS, MIGUEL, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 163 y sigs., expone la distancia que mediaba entre el concepto de propiedad establecido en el artículo 348 del Código Civil y la realidad social española, como consecuencia del largo proceso de codificación, que ocupó casi todo el siglo XIX. ALONSO PÉREZ, MARIANO, «La propiedad en el Código Civil», *op. cit.*, págs. 493 y 494, también pone de relieve el anacronismo del artículo 348 del Código Civil.

(27) COCA PAYERAS, MIGUEL, «Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica», *op. cit.*, pág. 164.

función social al derecho de propiedad transforma no sólo la propiedad sino su propia configuración como derecho subjetivo.

Desde esta perspectiva, la propiedad privada no es sólo, tal y como se entendía tradicionalmente, un derecho subjetivo sino una *situación jurídica* compleja donde confluyen un *ámbito de poder*, esto es, un conjunto de facultades o poderes, y un *ámbito de responsabilidad* entendido como un núcleo de deberes del propietario, con su correspondiente sanción en caso de incumplimiento (28).

1. INDICIOS DE SOCIALIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DECIMONÓNICA

Ya en la segunda mitad del siglo XIX, con anterioridad a la promulgación del Código Civil español, se encuentran algunos indicios de la paulatina *socialización* del derecho de propiedad. Así por ejemplo, el Proyecto de Ley de 30 de diciembre de 1861, sobre Saneamiento, Ensanche y otras Mejoras de las poblaciones, denominado Proyecto Posada Herrera, trataba de limitar el derecho de propiedad, y en particular la facultad de edificar, en beneficio de los intereses colectivos (29). Este Proyecto constituye en España el primer intento de consideración unitaria de la problemática urbanística (30). Sin embargo el Proyecto no llegó a aprobarse al chocar frontalmente con la concepción individualista del derecho de propiedad imperante en aquellos tiempos.

En realidad el urbanismo español del siglo XIX tuvo como preocupación única el ensanche de las poblaciones (31). De allí que en los textos normativos de la época se aprecia una liberalización del *ius aedificandi*. Así, por ejemplo, para fomentar la construcción de viviendas en los alrededores de la ciudad, se aprobó la Ley de Ensanche, de 29 de junio de 1864, y el Real Decreto, de 25 de abril de 1867, sobre urbanización de los ensanches (32).

(28) En este sentido, véanse ESCRIBANO COLLADO, «La propiedad privada urbana. Encuadramiento y régimen», *op. cit.*, pág. 119; Díez PICAZO, «Problemas jurídicos del urbanismo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 43, enero-abril, 1964, pág. 48.

(29) En este proyecto de ley se incidía de forma novedosa en el régimen de limitaciones y deberes de los propietarios por razones urbanísticas. De este modo se contemplaba la cesión obligatoria y gratuita de terrenos para viales, la rectangularización de solares, la determinación de las anchuras de las calles y altura de los edificios, la existencia de una parcela mínima edificable y los sistemas de agrupación de las parcelas inferiores a ésta, la necesidad de licencia previa para edificar, etc. También se adoptaba una nueva configuración de la expropiación forzosa.

(30) CARRASCO PERERA, «Ius aedificandi y accesión», *op. cit.*, pág. 50.

(31) BASSOLS COMA, MARTÍN, *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico español: 1812-1956*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 60.

(32) Señala ANGOSTO SÁEZ, JOSÉ FULGENCIO, «El *ius aedificandi* y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano», *op. cit.*, pág. 39, que esta Ley de Ensanche fue sustituida por la de 22 de diciembre de 1876, adaptadora a la nueva Ley Municipal de 1870

2. LAS LEYES DEL SUELO PRECONSTITUCIONALES

Pese a existir algunos textos legales decimonónicos en los que se atisba la voluntad del legislador de proteger intereses colectivos a través de la regulación del instituto dominical, es necesario esperar a la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, para que aparezca con claridad el concepto de *función social de la propiedad*. Esta Ley configuró un verdadero Código de Urbanismo, regulando de forma conjunta, armónica y exhaustiva todo lo relacionado con la propiedad urbanística. El objetivo fundamental de la citada ley consistía en solucionar la reserva de suelo y la especulación y en conseguir el bienestar general (33).

En la Ley de 1956 se estableció por lo tanto un régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización de acuerdo con la *función social* que tiene la propiedad y, en este sentido, se señalan limitaciones y cesiones obligatorias de terrenos a los propietarios para la realización de obras de urbanización. Se impone también la expropiación y la venta forzosa como sistemas sancionadores para evitar los incumplimientos de las disposiciones urbanísticas.

La Ley del Suelo de 1956 fue reformada por la Ley de 2 de mayo de 1975, y posteriormente refundida en el Texto articulado aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril. Esta legislación supuso un paso al frente en la socialización de la propiedad, al entenderse que corresponden a la comunidad parte de las plusvalías generadas por la urbanización, imponiéndose así la cesión obligatoria del 10 por 100 del aprovechamiento medio (34). El Texto Refundido de 1976 fue derogado por la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Jurídico y Valoraciones del Suelo, y por el TRLS/92 (35).

de los principios ya contenidos en las normas anteriores. Posteriormente, la Ley de 26 de julio de 1892 estableció el régimen jurídico aplicable al ensanche de Madrid y de Barcelona. Este mismo régimen fue aplicado, años más tarde, a las ciudades de Bilbao, Valencia, Cartagena y Cádiz.

(33) En el apartado III de su Exposición de Motivos se señalaba: «*si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad*».

(34) ANGOSTO SÁEZ, «El *ius aedificandi* y el derecho de propiedad sobre suelo urbano», *op. cit.*, pág. 61.

(35) Sin embargo, la STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró inconstitucional la Disposición Derogatoria del TRLS/1992, al no estar dentro de la competencia del legislador estatal la derogación de normas preconstitucionales cuya materia regulada hubiera sido asumida como competencia exclusiva por las Comunidades Autónomas. Posteriormente la LS/98 derogó el TRLS/1992. Actualmente el Urbanismo en España se rige por las distintas leyes autonómicas que se han ido aprobando en los últimos años.

3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Con la Constitución española de 1978 se eleva a rango constitucional la *socialización* del derecho de propiedad al establecerse el criterio de la *función social* como elemento determinante del contenido de este derecho.

En el artículo 33 CE se reconoce el derecho a la propiedad privada (36), sin embargo éste no se concibe como un derecho absoluto y omnímodo que persigue únicamente la satisfacción del interés particular, sino como un derecho delimitado por su *función social* (37).

El derecho de propiedad, al ubicarse dentro del Capítulo II del Título Primero, *De los derechos y deberes fundamentales*, de la Carta Magna, goza de la garantía prevista en el artículo 53.1 CE, según el cual, los derechos fundamentales sólo pueden regularse por ley, que en todo caso deberá respetar su «contenido esencial» (38).

Tal y como se desprende del artículo 33 CE, el contenido esencial del derecho de propiedad está íntimamente ligado al concepto de *función social*. La referencia a la función social en este precepto constitucional significa que el derecho a la propiedad privada no es un mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre un bien, un haz de facultades individuales sobre las cosas, sino también *un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir* (39). La fijación del contenido esencial del derecho de propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que en cada derecho patrimonial subyace, sino que debe

(36) Como señala el profesor Díez PICAZO, «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor García de Enterría*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 1258, el artículo 33 de la Constitución reconoce el derecho de propiedad privada pero no la define.

(37) Artículo 33 CE: 1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.* 2. *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.* 3. *Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*

(38) La STC 11/1981, de 8 de abril, en su Fundamento Jurídico 10, definió el contenido esencial como «aquella parte del contenido del Derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al Derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el Derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

(39) STC 37/1987, de 26 de marzo.

incluir igualmente la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo (40).

La dimensión social de la propiedad, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas y en la imposición al propietario de deberes positivos. No obstante, las restricciones a las facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario no pueden hacer irreconocible el derecho de propiedad (41). El derecho de propiedad se concibe por lo tanto como un equilibrio entre el respeto a la utilidad individual del bien y a su función social. Con la Constitución se ha incidido en el elemento social de la propiedad, que se convierte en una parte integrante de su contenido, así como en el elemento individual, al garantizarse también el mantenimiento de un mínimo esencial de facultades en favor del propietario.

La inserción de la función social en el contenido de la propiedad ha provocado, por otra parte, que se produzca una diversificación de los regímenes jurídicos dominicales (42).

III. EL DERECHO A EDIFICAR COMO CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD URBANA

La doctrina iusprivatista entiende, por lo general, que el derecho a edificar constituye una facultad inherente al derecho de propiedad, concretamente del derecho de propiedad sobre el suelo. De este modo, se dice que la facultad de uso, integrante del derecho de propiedad en general, corresponde a la facultad de edificar en la propiedad del suelo (43).

Por el contrario, un importante sector de la doctrina iuspublicista ha sostenido que la facultad edificatoria consiste en una facultad urbanística que no deriva directamente del derecho de propiedad sino de la concesión de la licencia urbanística (44).

(40) STC 227/1988, de 29 de noviembre.

(41) El Tribunal Constitucional ha declarado en la STC 37/1987, que, «*la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del Derecho*». La regulación del contenido esencial de la propiedad privada ha de realizarse de tal modo que el derecho sea RECONOSCIBLE y PRACTICABLE, eso es, que su ejercicio efectivo sea posible.

(42) Existen diversos tipos de propiedades según la clase de bien sobre la que recaen, dado que cada bien tiene una función social distinta. Las aguas, las minas, el producto intelectual o industrial no tienen la misma funcionalidad respecto a la sociedad y por ello reciben un trato diferenciado por el ordenamiento jurídico.

(43) ANGOSTO SÁEZ, «El *ius aedificandi* y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano», *op. cit.*, pág. 94.

(44) El principal argumento a favor de esta tesis consistía en el sistema de «adquisición gradual de las facultades urbanísticas» que establecían los artículos 23 a 42 del

La STC 61/1997, de 20 de marzo, expresó claramente que el derecho a edificar formaba parte del derecho de propiedad sobre suelo urbano al señalar que «*la manifestación más típica de la función social de la propiedad urbana es el deber de edificar y construir en sentido amplio*» (45). La sentencia también aclaró el concepto de edificación y el de licencia, abandonando las tesis iuspublicistas (46).

En consonancia con esta sentencia del Tribunal Constitucional, la LS/98 vino a corroborar la tesis según la cual el *ius aedificandi* integra el contenido de la propiedad urbana. En efecto, su artículo 13 establece como derecho de los propietarios de suelo urbano el derecho a edificar en las condiciones que en cada caso establezca la legislación urbanística y el planeamiento (47).

La inherencia del *ius aedificandi* respecto al derecho de propiedad urbana también ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia contencioso-administrativa (48).

TRLR/1992. También se ha sostenido que el derecho de propiedad sobre lo edificado se adquiriría por la conclusión de las obras al amparo de una licencia no caducada y conforme a la legislación urbanística. Para esta tendencia doctrinal, la licencia de edificación dejaba de ser un mero acto declarativo de carácter reglado para convertirse en un acto constitutivo, creador de un derecho. FUERTES, MERCEDES, *Urbanismo y publicidad registral*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995; PAREJO GAMIR, R., «Perspectivas notariales de la nueva Ley del Suelo», en *Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991, págs. 169 a 214. Algunos administrativistas sin embargo no han considerado la licencia como un acto creador de derechos. Así, TRAYTER JIMÉNEZ, JUAN MANUEL, «El control del planeamiento urbanístico», Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 486: «*La licencia (en especial la de obras) no es título administrativo que cree nuevos derechos sino que únicamente es un acto administrativo que permite a su destinatario ejercitar aquellos derechos que ya tuviera en su patrimonio, de acuerdo con las estipulaciones del plan urbanístico. La licencia reconoce un derecho preexistente y por ello el artículo 12 RSCL afirma que las licencias se otorgan siempre «salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero».*»

(45) Fundamento Jurídico, 17 a).

(46) Según el Fundamento Jurídico 34 a): «*el acto de edificación implica la materialización sobre un determinado terreno —solar— del aprovechamiento urbanístico patrimonializado por el titular dominical de aquél, de tal manera que el acto autorizatorio de la licencia municipal no es sino el modo de control o intervención administrativa para fiscalizar si se ha producido la adquisición de dicha concreta facultad urbanística, cual es el derecho a edificar, cumpliendo así la licencia no sólo la finalidad de comprobar si la edificación proyectada se ajusta al Plan y a la legislación urbanística sino también, como prescribe el artículo 242.4, para las actuaciones asistemáticas, si el aprovechamiento proyectado se ajusta al susceptible de apropiación.*»

(47) Por el contrario, los artículos 15 y 20 de la LS/98, relativos al suelo urbanizable y al suelo no urbanizable, respectivamente, no hacen referencia alguna al derecho a edificar.

(48) Así, por ejemplo, la STS de 30 de diciembre de 1985 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) declara: «*se está impidiendo ejercitar un derecho fundamental de la persona, según la Constitución, como es el de propiedad, del que forma parte el ius aedificandi, tal y como viene previsto en los artículos 348, 349 y 350 del Código Civil; impedimento que sólo puede tener justificación si ello contribuye a la realización de la*

El *ius aedificandi* forma parte, por lo tanto, del contenido esencial de la propiedad urbana. Este «contenido esencial» de un derecho, según la doctrina constitucional, es delimitado con base en dos criterios. Por una parte, el criterio de la *recognoscibilidad* que permite incluir en ese contenido esencial el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente a un determinado tipo. Por otra parte, el criterio de la *practicabilidad* en virtud del cual se entiende que están integradas en el contenido esencial del derecho aquellas facultades indispensables para que su titular obtenga algún beneficio por el hecho de serlo.

IV. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA PROPIEDAD

La función social que la propiedad tiene en la actualidad no merma su indudable contenido económico. El derecho de propiedad puede todavía definirse como el poder más amplio que, con los límites impuestos por el Ordenamiento, se ostenta sobre un bien y por ello la titularidad dominical es tan codiciada.

La función esencial que cumple la propiedad en el desarrollo de la economía de mercado actual ha fomentado nuevas aproximaciones al derecho de propiedad. De este modo, en los últimos tiempos han surgido una serie de obras científicas que, desde el prisma del denominado *análisis económico del Derecho*, aportan una visión renovada de la institución dominical (49).

Por otra parte, cabe señalar que el criterio de la *función social* en el derecho de propiedad está íntimamente relacionado con su *función económica*. Así, en algunas leyes preconstitucionales ya se dejaba entrever esta filosofía económico-social de la propiedad (50).

función social de la propiedad de acuerdo con las leyes, como quiere la Constitución en el artículo 33.2». En este sentido, y de forma expresiva, se manifiesta la STS de 24 de septiembre de 1996 (Sala de lo Contencio-Administrativo): «el derecho a la propiedad privada y de la función social de su contenido, de acuerdo con las leyes, reconocido en el artículo 33 CE, naturalmente integra en su ámbito el derecho a edificar en suelo idóneo para ello y de conformidad con la normativa urbanística aplicable».

(49) Con carácter general puede verse la obra de ROBERT COOTER y THOMAS ULEN, *Law and economics*, Scott, Foresman and Company, United States of America, 1988. En relación con el derecho de propiedad, son particularmente interesantes los estudios que lo relacionan con el derecho de daños, como el de GUIDO CALABRESI y A. DOUGLAS MELAMED, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the Cathedral*, Harvard Law Review, vol. 85, marzo 1972, núm. 5, págs. 1089 a 1128, y, más recientemente, el de LOUIS KAPLOW y STEVEN SHAVELL, *Property rules versus liability rules: an economic analysis*, Harvard Law Review, vol. 109, febrero 1996, núm. 4, págs. 715 a 790.

(50) El artículo 2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973, establecía: «El cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular, obliga:

La concepción económica de la propiedad se ha fortalecido con la promulgación de la Constitución española. El reconocimiento y la garantía de la propiedad privada se realiza en el marco general de la denominada *Constitución económica* (51), integrada por aquellos diversos artículos que conforman el modelo económico del Estado. Así pues, el artículo 33 CE debe interpretarse conjuntamente con preceptos constitucionales como el artículo 38, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado; el artículo 47, que impone el deber de los poderes públicos de garantizar el derecho de los españoles a una vivienda digna y adecuada; el artículo 128, que somete toda la riqueza del país al interés general; o el artículo 131, que permite al Estado, mediante ley, planificar la actividad económica para atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta, de la riqueza y su más justa distribución (52).

La faceta económica del derecho de propiedad ha sido puesta de relieve también por la doctrina del Tribunal Constitucional (53).

a) A que sea explotada la tierra con criterios económicos *apropiados según su destino agrario más idóneo, o utilizada para otros fines, sin perjuicio de la debida rentabilidad para el particular, atendiendo en todo caso al interés nacional.*

b) *A que en las fincas de aprovechamiento agrario se realicen las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación de los recursos naturales disponibles de acuerdo con el nivel técnico existente y siempre que las inversiones necesarias sean rentables desde un punto de vista económico y social.*

c) *A que en la empresa agraria se preste el trabajo en condiciones adecuadas y dignas y a que se efectúen, bien directamente o en colaboración con la Administración, las inversiones necesarias de carácter social que sean proporcionadas a la dimensión e importancia de la empresa, teniendo en cuenta la rentabilidad de ésta para la promoción de los trabajadores».*

La función social de la propiedad agraria tiene por lo tanto un significado económico: el propietario debe realizar inversiones y debe explotar la tierra con criterios económicos de forma que ésta sea rentable.

(51) RIBOT IGUALADA, JORDI, «La garantía constitucional del dret a la propietat privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto, 1994, pág. 203.

(52) El Tribunal Constitucional ha realizado en diversas ocasiones esta interpretación sistemática del derecho de propiedad. Así, por ejemplo, en la STC 89/1994, de 17 de marzo, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad de la prórroga forzosa de la LAU de 24 de diciembre de 1964, se delimita el derecho de propiedad a la luz de los artículos 47 CE, relativo al derecho a la vivienda, y 39.1 CE, sobre protección de la familia.

(53) Así la STC 111/1983, en su Fundamento Jurídico octavo, declaró que el derecho de propiedad consiste en un derecho reconocido desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad (...) legitima su expropiación».

También la STC 37/1987, de 26 de marzo, respecto a la posible inconstitucionalidad de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía tuvo ocasión de incidir en la faceta económica del derecho de propiedad. Entre otras pretensiones, los recurrentes de la Ley estimaban que su artículo 2 infringía la reserva legal para

Por lo que respecta a la propiedad urbana, una de las figuras que mejor demuestran su sentido económico, es *el derecho al aprovechamiento urbanístico* (54). Este derecho, regulado en las normas urbanísticas (55), consiste en la atribución efectiva al propietario, afectado por una actuación urbanística, de los usos e intensidades susceptibles de apropiación privada, o su equivalente económico. El aprovechamiento urbanístico se fija en una cifra de metros cuadrados construibles (la edificabilidad). Si el propietario no puede concretar su derecho mediante la edificación efectiva, su derecho al aprovechamiento se convierte en un sustitutivo económico de la edificabilidad. El derecho al aprovechamiento urbanístico tiene por lo tanto una triple vertiente (56): por una parte es una facultad del derecho de propiedad, por otra es la valoración económica de este derecho y, finalmente, es un objeto de derecho a efectos de tráfico jurídico a través de la técnica de la Transferencia de Aprovechamientos Urbanísticos (57).

la regulación del contenido esencial de la propiedad (art. 53.1 en relación con el art. 33 de la Constitución). Este artículo habilitaba incondicionadamente a la Administración Autónoma para «*fijar criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos*» y a «*establecer las medidas a adoptar para la protección del suelo y la conservación de la naturaleza*».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que esta remisión al poder normativo de la Administración no constituía una deslegalización de la materia. La remisión legal a los reglamentos es necesaria para el efectivo cumplimiento de los mandatos constitucionales y, concretamente, en este caso, para fijar las medidas de intervención pública que pueden adoptarse para lograr «*el mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos*», como traducción del concepto de función económica y social de la propiedad respecto a la propiedad agraria.

(54) Esta expresión aparece en nuestro Ordenamiento en la Ley del Suelo de 1976, siendo desconocida en la Ley del Suelo de 1956. No obstante su eclosión y generalización se debe a la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y a su Texto Refundido de 1992. Hasta tal punto resulta trascendental para la figura esta ley, que ha sido calificada por algunos autores como la *Ley de los aprovechamientos urbanísticos*. Véase LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS y LASO BAEZA, VICENTE, *El aprovechamiento urbanístico*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 15.

(55) El derecho al aprovechamiento urbanístico se integraba en el sistema de adquisición gradual de las facultades urbanísticas que establecía el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana en sus artículos 23 y sigs., y estaba específicamente regulado en los artículos 26 a 32. Estos preceptos fueron derogados por la Ley 6/1998, de forma que el aprovechamiento urbanístico constituye una materia que habrá de ser reglada por las normas autonómicas.

(56) CARRASCO PERERA, ÁNGEL y otros autores, «Derecho de la construcción y la vivienda», *op. cit.*, pág. 5.

(57) Sobre las transferencias de aprovechamientos urbanísticos y su inscripción en los Registros Administrativos y de la Propiedad, véase FUERTES, MERCEDES, *Urbanismo y Publicidad Registral*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 67 a 79.

V. CONCLUSIÓN: EL DERECHO DE PROPIEDAD
COMO «MONOPOLIO DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA»

A lo largo de este pequeño estudio se ha podido ver que el derecho de propiedad no es un concepto inmutable sino que ha ido variando a lo largo de la historia. El marco constitucional y la legislación civil y urbanística vigente muestran cómo el derecho de propiedad se caracteriza actualmente por su función social y su función económica. Sería necesario quizá establecer un nuevo concepto de derecho de propiedad —más allá del establecido en el art. 348 del Código Civil— que pusiera de relieve las funciones socio-económicas que tiene asignadas este importante derecho.

En nuestra opinión, el derecho de propiedad podría concebirse como un «monopolio de explotación económica» sobre un bien. Este monopolio de explotación consistiría en el poder jurídico que permite a una persona aprovecharse de todas las utilidades económicas de una cosa respetando la función social de ese bien. Esta concepción socio-económica de la propiedad tendría diversas ventajas. Por una parte, permitiría un fácil «desmembramiento» de esas utilidades. El propietario puede renunciar voluntariamente y ceder a un tercero algunas utilidades económicas de ese bien (así, por ejemplo, el derecho a edificar). Por otra parte, se justificaría que el derecho actual protegiera especialmente la propiedad útil, esto es, la aprovechada económicamente en detrimento de la propiedad inutilizada. Quizá así se obtendría un mejor aprovechamiento de los bienes, y en general de la riqueza.

CHANTAL MOLL DE ALBA LACUVE
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Barcelona