

Consideraciones críticas sobre la propiedad en la vigente y anteriores Leyes del Suelo

De acuerdo con el Preámbulo de la Ley de Reforma 8/90, de 25 de julio:

«Un esquema positivo coherente ha de partir del reconocimiento a toda propiedad inmueble, como inherente a ella, de un valor que refleja sólo su rendimiento (real o potencial) rústico (valor inicial en la terminología de la vigente Ley), sin consideración alguna a su posible utilización urbanística. Las plusvalías imputables sólo a la clasificación y calificación urbanística, y consecuentemente a los aprovechamientos resultantes, derivan del planeamiento en la forma, con la intensidad y en las condiciones que la legislación urbanística y, por remisión de ella, dicho planeamiento determinan, habiendo de darse en todo caso cumplimiento al precepto constitucional (art. 47) según el cual la Comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.»

El precio del suelo, determinado de acuerdo con criterios que desarrollan dichos presupuestos axiomáticos (y que dista del precio de mercado), soporta aún mayor minoración en los casos de «incumplimiento de la función social de la propiedad» (arts. 52, 57 y 62.2 LS/92), facilitándose de tal suerte el ejercicio de la potestad pública (que no deber, arts. 42 y DA 1.^ª3 LS/92) de expropiación o venta forzosa.

El sistema de valoración y concepción de la propiedad, instrumentados por la Ley 8/90, constituyen el final de un proceso lógico que se inicia con la LS/56. Todas las Leyes del Suelo (LS/56, LR/75 y LR/90) se proponen poner término al elevado precio del suelo para hacer accesible el derecho a la vivienda, todas se reconducen monocordemente a tal efecto a la «función social» de la propiedad y todas colocan al propietario del suelo bajo sospecha («especulador», antisocial).

Pero el propietario del suelo, dígame ya de entrada, es un mero sujeto pasivo del *ius imperii* (Urbanismo como función pública) y del mercado (oferta/demanda que es función, entre otros factores, del suelo urbanizable que unilateralmente programa la Administración). Difícilmente puede el propietario retener el suelo con fines especulativos cuando carece de dicha facultad, habida cuenta de que el *ius aedificandi* se le impone coactivamente.

Para situar el sistema de valoraciones/propiedad de la LS/92 es conveniente remitirse a la primera fase del proceso, o sea, la LS/56, recordando el párrafo tantas veces citado de su Exposición de Motivos:

«Si ideal en la empresa urbanística pudiera ser que todo el suelo necesario para la expansión de las poblaciones fuera propiedad pública mediante justa adquisición para ofrecerlo, una vez urbanizado, a quienes desearan edificar, la solución, sin embargo, no es viable en España. Requeriría fondos extraordinarios cuantiosos que no pueden ser desviados de otros objetivos nacionales y causaría graves quebrantos a la propiedad y a la iniciativa privada.»

La LS/56, de acuerdo con la función social de la propiedad, previó la constitución de patrimonios municipales del suelo como reguladores del precio en el mercado de solares, instrumentó medidas fiscales, impuso la obligatoriedad de los propietarios a satisfacer los gastos de urbanización, determinó diferentes valoraciones del suelo (si bien los tribunales aplicaron criterios de mercado, de acuerdo con el art. 43 LEF...) y, especialmente, instrumentalizó el Urbanismo como función pública.

La LR/75 opera una vuelta de tuerca adicional en la instrumentación de la «función social» de la propiedad: expropiación en base a criterios urbanísticos/no de mercado; cuantificación de cesiones gratuitas dotacionales de suelo; atribución a la Administración del 10 por 100 del aprovechamiento medio en suelo urbanizable; supresión del aprovechamiento mínimo edificatorio que la LS/56 «otorgaba» en suelo no urbanizable...

La LR/90 se aproxima al referido *desideratum* expresado en la Exposición de Motivos de la LS/56 con un coste mínimo para la Administración, en base al *ritornello* de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE): criterios de valoración urbanística en todo tipo de expropiaciones (urbanísticas o no) y aún mayor minusvaloración en los supuestos generosamente denominados de «incumplimiento de la función social de la propiedad»; apropiación por la Administración del 15 por 100 del aprovechamiento no sólo en suelo urbanizable/apto para urbanizar, sino también en suelo urbano; no cuantificación legal de las cesiones de suelo dotacionales públicas...

La «función social» de la propiedad opera como una «nebulosa», ni siquiera concepto jurídico indeterminado, en cuanto que posibilita modula-

ciones del derecho de propiedad tan diferentes en tan escaso espacio de tiempo, con flagrante vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

No es de extrañar que DE LOS MOZOS (*El derecho de la propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Edersa/93), ante la inflación y consiguiente *flatus vocis* del término, se vea obligado, págs. 125-126, a:

«... defender unos conceptos jurídicos de cierta confusión a la que hemos llegado, pues, como es sabido, la confusión es el camino más corto para llegar a la arbitrariedad.» Y en pág. 127: «Lo mismo sucede cuando, situados de lleno en el campo de las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado o, mejor dicho, entre el interés general y el interés privado, en el derecho de la propiedad viaja uno en la "galaxia" de la función social de la propiedad y se encuentra con que una legislación nueva, permanentemente cambiante, no solamente confunde la "reserva de Ley" con la "garantía constitucional de la propiedad", sino que incide de manera alarmante en la "seguridad jurídica", que constituye, como es sabido, no sólo un presupuesto obligado para el buen funcionamiento del sistema jurídico, sino una también verdadera garantía de la paz social.»

Pero con ello se ha conseguido que los «especuladores», es decir, propietarios del suelo, se incorporen coactivamente al proceso de urbanización/edificación, en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento (art. 19 LS/92), aportando gratuitamente suelo (que la Ley no cuantifica sino como *standard* mínimo en suelo urbanizable, arts. 72.3 y 83 LS/92) para dotaciones públicas y suelo edificable en suelo urbano/urbanizable (15 por 100 del aprovechamiento, arts. 20 y 27 LS/92), costeando o ejecutando a su cargo la urbanización, solicitando licencia de edificación previo el cumplimiento de los deberes urbanísticos correspondientes en plazos perentorios, edificando los solares en el plazo fijado en la preceptiva licencia y aportando suelo barato (alejado del valor real de mercado) a efectos expropiatorios, de ocupación directa o transferencia de aprovechamientos, con la penalización (sin garantía procesal) de una mayor minoración del valor y privación del suelo («facultad» de la Administración, art. 42 y DF 1.^º 3 LS/92) en el caso de incumplimiento de las facultades-deberes en las condiciones y plazos establecidos.

El *desideratum* visto de la LS/56 se ha alcanzado con un coste mínimo para la Administración. Ha bastado ir cambiando la legalidad, acentuando progresivamente la «función social» de la propiedad. Y desde la LS/56 se reitera, sin rubor lógico, idéntica cantinela:

«La Ley configura las facultades dominicales sobre los terrenos según su clasificación urbanística, constituyendo un estatuto jurídico del suelo. Las limitaciones y deberes que implica definen el contenido normal de la propiedad según su naturaleza urbana y, por tanto, no da lugar a indemnización» (de la Exposición de Motivos). Igualmente, artículos 76 y 78 LS/76 y 5 y sigs. LS/92, y el impagable Preámbulo de la Ley de Reforma 8/90.

Similar procedimiento legal, «a fin de cohonestar el derecho de propiedad con la función social» (Exposición de Motivos de la Ley de bases para la reforma de la LAU 22-12-55), puede observarse en las leyes de arrendamientos urbanos hasta la vigente Ley/64 por lo que se refiere a los arrendamientos de «renta antigua», mediante los que se otorga un derecho (a la vivienda) a costa del vaciamiento del derecho de los propietarios. Por su claridad de exposición y conexión con el tema es oportuno remitirse a nota de pág. 295, *Posesión y propiedad*, Bosch/90, de LACRUZ BERDEJO:

«La limitación de los precios de los bienes en el mercado realizada por el Estado en atención a necesidades públicas y con la finalidad de frenar la especulación no constituye expropiación en sentido legal. Pero —observa TRIMARCHI— "si el límite al correspondiente se fija en medida irrisoria y se acompaña a la imposición de la relación contractual, de aquí surge un verdadero y propio vaciamiento de la propiedad, en contraste con la Constitución..." Hay una discriminación entre propietarios y la imposición de un gravamen específico a los dueños de casas o pisos de "renta antigua" que más bien debiera, en su caso, ser soportado por la generalidad. Además, si la prórroga legal se perpetúa casi indefinidamente atribuyendo al arrendatario una suerte de dominio útil y el canon arrendaticio es diez o cincuenta veces inferior a lo que constituiría una equitativa remuneración del capital, se opera —prosigue TRIMARCHI, con cita de las SS. de 22 de diciembre de 1977 y 27 de julio de 1972 de la Corte constitucional italiana— "sustancialmente una gradual transferencia del dominio al arrendatario, con violación de los principios constitucionales en temas de propiedad". Creo que puede decirse lo mismo, y con más razón, de la intolerable situación española, y es de esperar que en algún momento se suscite la cuestión de la defensa constitucional del dominio frente al mantenimiento de una legislación que en tantos supuestos —en particular el del profesional o comerciante que atemperan sus precios a la evolución del valor de la moneda mientras se lucran de la congelación de las rentas del local donde

ejercen su actividad— es gravemente injusta y contraria al sentido del artículo 33.1 de la Constitución.»

Deviene, por consiguiente, ineludible remitirse a la regulación que del derecho de propiedad hace la CE. Son fundamentales los siguientes preceptos:

- Reconocimiento del derecho de propiedad (art. 33.1).
- La función social delimitará su contenido de acuerdo con las leyes (art. 33.2).
- Reserva de Ley para la regulación del ejercicio del derecho de propiedad. Ley que deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1).
- Expropiación sólo por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes (art. 33.3).
- Libertad de empresa/economía de mercado (art. 38).
- Interpretación del derecho de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y acuerdos internacionales (art. 10.2).
- Derecho a la vivienda, utilización del suelo de acuerdo con el interés general y participación de la Comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos (art. 47).
- Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos (art. 9.2).
- Subordinación al interés general de toda riqueza del país (art. 128).

El esquema constitucional de la propiedad privada viene incardinado en el sistema económico de mercado/libertad de contratación, pero atemperado por su función social, como corresponde a un Estado social y democrático de derecho (art. 1 CE), siguiendo la pauta inaugurada por la Constitución alemana de Weimar (1919), moneda corriente hoy en el constitucionalismo. Antecedentes en España: Constitución de 1931, Fuero de los Españoles (1945), LEF (1954), Leyes del Suelo (1956 y 1976), Legislación de arrendamientos (hasta la vigente de 1964), Legislación agraria (hasta la vigente Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973).

La nueva legislación y sistema constitucional sobre la propiedad supone un cambio de las Constituciones decimonónicas (efecto expansivo de la Revolución francesa y Código napoleónico) que consideraban el derecho de propiedad inviolable y sagrado, como expresión de la personalidad y autonomía frente al poder, como un *dominium rerum* que hacía real el *dominium sui* de LOCKE, derecho subjetivo (en la construcción de la dogmática alemana, a partir de los principios revolucionarios «burgueses» y recogiendo la

tradición jurídica secular a partir del Código justiniano) según el cual el dominio se presume libre y toda limitación administrativa, incluida la expropiación, debe legitimarse.

El artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) establecía el carácter inviolable y sagrado del derecho de la propiedad y que nadie podría ser privado del derecho de propiedad sino por causa de necesidad pública legalmente constatada y bajo la condición de una indemnización justa y previa. En parecidos términos se expresa la Declaración de Independencia americana.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 24 de junio de 1793 establecía en su artículo 1.º:

«El Gobierno está instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles.»

Derechos (art. 2.º) de igualdad, libertad, seguridad y propiedad.

El Código napoleónico de 1804 (art. 544) define la propiedad como «el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o reglamentos».

«De la manera más absoluta», expresión ésta no incluida en su homólogo español, que no se entendía por los redactores del Código en el sentido de uso antisocial de la propiedad (*ius abutendi*, en sentido literal), sino como garantía de los propietarios una vez despojada la propiedad de las pesadas cargas que la comprimían y sustraían del mercado/libre disponibilidad (censos irredimibles, fideicomisos, vinculaciones, etc.).

No resultará ocioso transcribir los preceptos más característicos del «napoleonizado Código Civil español (1889) sobre el derecho de propiedad.

Art. 348: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.»

Art. 349: «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado.»

Art. 350: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer en él las obras,

plantaciones y excavaciones que le convengan, salvo las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de Policía.»

Art. 358: «Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos y las mejoras o reparaciones hechas en ellos pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes.»

Debe igualmente recordarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10-12-48), de aplicación constitucional (art. 10.2 CE):

«Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.»

Así como el Protocolo adicional 1 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales:

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho internacional.»

Protocolo muy tardíamente ratificado por España (2-11-90, *BOE* 12 enero 1991) y con la reserva de su interpretación a partir del artículo 33 CE. Declaración universal que refleja la concepción revolucionaria de los derechos como «innatos» y, por consiguiente, con un límite al arbitrio del poder, «considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión».

El derecho de propiedad del suelo nunca se ha considerado «absoluto» ni en el momento álgido de la ideología liberal, como se deduce de los transcritos artículos 544 del Código napoleónico y homólogos del Código Civil español, ni en la tradición jurídica de que los Códigos decimonónicos traen causa. Ya en el Digesto se limitaba la altura de la edificación, y en las Partidas, el precepto siempre citado: «Señorío es poder que orne a en su cosa de facer della e en ella lo que quissiere, segund Dios e segund fuero.» Y fue lugar común la expresión de HUGO DONELLUS (1527-1591) de que «sine dubio aedificandi ius publicum est». El Derecho urbanístico como «función pública», racionalizadora del *ius aedificandi*, no es una innovación de la LS/56, sino un tópico de la tradición jurídica en cuanto que la construcción y ordenación de la ciudad trasciende el interés individual.

Pero es muy distinto agregar a la «función pública», que constituye el urbanismo, la nebulosa jurídica de «función social» que permite, dada su

total indeterminación, una administración extrema del derecho de propiedad. Este es considerado no a partir de la lógica que le es propia (derecho subjetivo, utilidad individual, autonomía de la libertad, limitaciones sólo por causa acreditada de interés público...), sino de la lógica de la «función social», nebulosa jurídico-conceptual y, por ende, de carácter necesariamente expansivo y totalizador a costa del correspondiente debilitamiento progresivo de la utilidad privada del derecho subjetivo.

La «función social» de la propiedad, como es notorio, es una construcción técnica modelada y desarrollada por DUGUIT en el tránsito al siglo xx, como reacción del Positivismo a la noción (tachada de metafísica, acientífica) de derechos subjetivos. Se sustituye la concepción de la propiedad como derecho subjetivo (poder/interés del titular jurídicamente protegido) por la de propiedad como «función social», los derechos por situaciones jurídicas objetivas. Para DUGUIT, el «detentador» de la propiedad no tiene ningún derecho sobre ella, sino que es una situación de hecho que le obliga a realizar una cierta función social, y su apropiación es protegida en la medida, y solamente en la medida, en que se cumple dicha función.

La etiqueta «función social» hizo fortuna por cuanto significaba de corrección del liberalismo decimonónico y distanciamiento de ideologías socialistas radicales (especialmente de la ideología marxista y del posteriormente llamado «socialismo real»). Pero dicho tópico jurídico se utiliza en muy diversos sentidos: como negación del derecho subjetivo en favor de la solidaridad social (DUGUIT), de apoyo a la teoría del «bien común», pero con respeto a la propiedad privada como expresión de la libertad (doctrina social de la Iglesia) y, en general, como una limitación/modelación del derecho subjetivo por dicha «función social» que no se define, sino que deja al legislador su instrumentación según criterios de oportunidad. Técnica etérea ésta utilizada indistintamente, en lo que a España se refiere, por el franquismo (Fuero de los Españoles, LEF; Leyes del Suelo, de Arrendamientos, de la Propiedad Agraria...) y por el legislador constitucional (Ley de Reforma del Suelo 8/90...).

La crítica que desde tan diferentes posiciones (comunismo, social-democracia, fascismo, Iglesia, etc.) se opera sobre la propiedad/sistema económico diseñados en los Códigos y Constituciones decimonónicas se basa en una constatación que, lúcida y dialécticamente, explicitó Marx, es decir, que los derechos y libertades constitucionalizados (entre ellos el de propiedad privada) son meramente «formales», garantía abstracta, no real, puesto que sólo tiene efectivamente garantizados los derechos la minoría propietaria, *beati possidenti*, los detentadores de la propiedad de los medios de producción, que elevan a categoría jurídica-política el sistema económico que les es favorable, mientras que la inmensa mayoría, mediante el contrato de trabajo, deviene mera mercancía, no-persona, a precio de subsistencia física

para la necesaria renovación de la fuerza del trabajo. Por lo que a fin de que dichos derechos y libertades devengan «reales», esto es, accesibles a todos (materialización del principio de igualdad), es necesario abolir la propiedad privada (marxismo y demás formas de comunismo autoritario o libertario) o, en versión descafeinada, operar limitaciones y vincular la propiedad al interés general, así como constitucionalizar los derechos (*desideratum*, más bien) socioeconómicos.

La CE (art. 33.1) reconoce y garantiza el derecho de propiedad privada, acepta dicho derecho como un *prius* metaconstitucional, expresión de la dignidad personal (art. 10.1). Dicho derecho se halla directamente vinculado con la economía de mercado/libertad de empresa/libertad de contratación (art. 38) no obstante un adecuado intervencionismo corrector de desequilibrios socioeconómicos (arts. 9.2, 33.2 y 3, 38, 39 y ss., 53.3, 128 y 129 CE). Las Constituciones del llamado «socialismo real» (ya obsoletas, por ineficaces, al menos en el presente histórico) sustituyeron los llamados derechos «formales» por una teórica igualdad socioeconómica, subvirtiendo radicalmente el orden jurídico de la revolución «burguesa» y de la tradición jurídica de la que ésta traía causa, suprimiendo la libertad y la propiedad garantías de la dignidad humana frente al poder. La Constitución garantiza la propiedad privada como derecho subjetivo, poder/interés jurídicamente protegido, esfera de libertad, autonomía de la persona frente al Estado, manteniendo las conquistas jurídico sociales de la Revolución francesa y de la tradición occidental. Pero, y de acuerdo con el artículo 9.2 CE:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos con la vida política, económica, cultural y social.»

Precepto que se conecta con los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52, derecho al trabajo, a la vivienda, seguridad social, cultura, medio ambiente, etc.), cuya progresiva consecución legitima el poder de los poderes públicos (arts. 1, 9, 10 y 53 CE).

Ciertamente que la «función social» delimitará el contenido del derecho de propiedad privada de acuerdo con las leyes (art. 33.2 CE). Pero dicha «función social», cualquiera que sea la instrumentación que de la misma se haga, no puede caricaturizar el derecho de propiedad hasta hacerlo irrecognoscible, dado que no sólo se reconoce el derecho de propiedad privada (art. 33.1 CE) y garantizado frente a la confiscación (art. 33.3), sino que, ade-

más, las leyes que regulan el ejercicio de derecho de propiedad deben, en todo caso, respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE).

Pero ¿cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad?

Sobre el contenido esencial de los derechos que la Ley debe respetar, sobre su determinación, la doctrina se remite necesariamente a la única Sentencia del Tribunal Constitucional al respecto, concretamente la 11/81, de 8 de abril, en relación al Decreto 17/77, regulador del derecho a la huelga, que utiliza dos caminos complementarios:

— Acudir a la naturaleza jurídica del Derecho, a aquellas facultades necesarias para que el Derecho sea reconocible como perteneciente al tipo de derecho en cuestión.

— Acudir a los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del Derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del Derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al Derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o 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.

No se sostienen, por consiguiente, a partir de tales criterios heurísticos las consideraciones que sobre la preconstitucional LS/76 sustentan GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO. ASÍ, PAREJO ALFONSO, *Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración*, IEAL/82, pág. 47:

«Las facultades que van más allá del goce y disfrute de las cosas (la tierra) conforme a su naturaleza y, por tanto, a su destino propio, es decir, las de transformación del suelo, no forman parte del contenido del Derecho como tal. No existen facultades como poderes del titular dominical. Existe la función pública urbanística, única capaz de definir y, por tanto, crear dichas facultades.»

Con tales premisas sofisticadas la conclusión se desprende con una lógica impecable en pág. 416, *Lecciones de Derecho urbanístico*, I, Cívitas/79, de GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO:

«Resulta entonces una conclusión aparentemente paradójica, pero en realidad rigurosa, y que se hace excepcionalmente visible en la espectacular operación de conversión de suelo no urbanizable en suelo urbanizable o urbano: Lejos de privar de ninguna facultad previa al propietario, la ordenación urbanística le está otorgando

un positivo beneficio. Entonces el problema no se plantea en los términos a que el artículo 87.1 se ha creído obligado a replicar, esto es, si la ordenación resulta un derecho a ser indemnizado, sino en los términos justamente inversos: cómo justificar la atribución de un beneficio, que económicamente puede llegar a ser considerable, en favor de los propietarios del suelo por virtud de una iniciativa pública sin que esos propietarios tengan que compensar ese enriquecimiento de alguna manera.»

Gran parte de la doctrina se ha dejado sugestionar por la autoridad y capacidad jurídica de convicción, por la dialéctica de la, sin duda, genialidad de GARCÍA DE ENTERRÍA. Pero los administrativistas no siempre logran sustraerse a la seducción de la *razon imperii*, aunque pretendan y parcialmente consigan, nunca definitivamente (tarea de un SÍSIFO dada la capacidad mutante y naturaleza totalizadora del Poder), someterla a Derecho. La propiedad es un derecho civil que la Constitución reconoce y ampara, y el Derecho civil es fundamentalmente un estatuto de los derechos subjetivos que o constituyen un poder frente al Estado o no son derechos subjetivos, aunque nominalmente conserven dicha denominación. Es natural que el Poder, con la cobertura de autoridad de dicha doctrina, haya extremado la «administrativización» del derecho de propiedad con la Ley de Reforma 8/90 en base a la lógica de los principios que dicha doctrina le ha facilitado.

Ya se ha visto al principio cómo la Ley 8/90 entiende que el *ius aedificandi* es creación del Plan y la plusvalía pertenece por consiguiente al planificador, es decir, al Ayuntamiento. Pero si el legislador (y referida doctrina) fuera consecuente con su propia lógica, debiera concluir que igualmente el aprovechamiento rústico pertenece al planificador, ya que el suelo que lo sustenta deriva de la clasificación del Plan. O sea, la titularidad del suelo pertenece al propietario y su aprovechamiento rústico/urbanístico pertenece a su creador, el planificador. Una suerte de vuelta al dominio medieval, el dominio útil (verdadero dominio), es del planificador, y el dominio directo (meramente formal), del propietario. El resultado de dicha tesis legal/doctrinal, llevada a sus propias consecuencias lógicas, vacía completamente de contenido el derecho de propiedad: las facultades de aprovechamiento del suelo (rústico y urbano) constituyen un derecho independizado del dominio, cuyo titular es la Administración en razón de que el planeamiento (título de adquisición del derecho) «crea» dicho aprovechamiento mediante la ordenación integral del suelo.

Muy otra es la opinión de PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo/bienes públicos y urbanismo*, Editorial Marcial Pons/88, págs. 277 y ss., quien concluye en págs. 284-285:

«Esta tesis, como todas aquellas explicaciones que consideran el urbanismo como una función pública (GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO) conducen siempre a la misma arbitrariedad de justificar el enriquecimiento de los propietarios de suelo urbano y urbanizable en la condena a la miseria edificatoria de los de suelo no urbanizable, para lo cual sitúan en la propia Ley del Suelo y en los Planes el origen último de la facultad de edificar, negando que ésta preexiste como facultad del propietario (art. 33 CE y art. 348 CC) y como una realidad física: La aptitud de toda superficie para soportar las construcciones.»

«Si la Ley del Suelo y los Planes de urbanismo no limitan un derecho de edificar preexistente, como aquí sostenemos, sino que, por lo contrario, son los que lo crean, no se comprende por qué la creación pública de *ius aedificandi* no ha supuesto su atribución siempre a una corporación pública en vez de su asignación gratuita a los propietarios de suelo urbano y urbanizable que ha hecho por merecerlo tanto —es decir, nada— como los propietarios de suelo rústico o no urbanizable. Por lo demás, con una aplicación como la que se critica los juristas italianos se hubieran ahorrado las declaraciones de inconstitucionalidad de la Ley Urbanística de 1942, y los franceses el recurso a la humilde confesión de que las servidumbres urbanísticas debieran ser indemnizables, pero no lo son por razones de imposibilidad financiera.»

BARNÉS VÁZQUEZ, por su parte (*La propiedad constitucional*, Editorial Cívitas/88), critica asimismo la doctrina ejemplificada en GARCÍA DE ENTERRÍA/PAREJO ALFONSO, aunque, en última instancia, creemos, su concepción de la propiedad constitucional (propiedad-función, en arts. 33.2 y 47 CE) es muy similar. Pero por lo que ahora interesa, en págs. 129 y sigs. de la citada obra dice:

«En este sentido, se sostiene (con referencia a la doctrina representada por GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO) que el *ius aedificandi* que constituye, en suma, la principal facultad de aprovechamiento explotación (o de goce, si se quiere) de la propiedad urbana no es una facultad del propietario, puesto que —se afirma— se ha convertido en una atribución del poder público, en una función pública que a través del plan urbanístico define el contenido del derecho de propiedad.»

«A nuestro juicio, sin embargo, el titular del suelo urbano cuenta, en todo caso, con la facultad de goce (y, por extensión, la de disposición) que se traduce en la edificabilidad o, en otros térmi-

nos, mantiene un “poder funcionalizado” dirigido a la edificación. Facultades que en ningún momento pierde el titular del derecho salvo indemnización, puesto que de lo contrario estaríamos negando el derecho de propiedad mismo, y ello, además, porque si la facultad de explotación característica de la propiedad urbana —*ius aedificandi*— ya no pertenece al titular, carecería entonces de todo contenido sustantivo exigido por la propiedad constitucional.» E insiste, en pág. 323, en que la «potestad de goce se identifica precisamente con la finalidad del derecho: *ius aedificandi* en la propiedad urbana o facultad de explotación de cultivos en la agraria».

Pero no debe *a priori* reducirse necesariamente el aprovechamiento del suelo rústico al cultivo. Tal conclusión se basa en la aparente secuencia lógica: suelo rústico, luego aprovechamiento rústico. El suelo rústico, no urbanizable, tendrá un aprovechamiento de cultivo, forestal, etc., si la naturaleza del suelo lo permite y, además o alternativamente, en su caso edificatorio, según la libertad del titular del fundo, a salvo, claro es, de la ordenación racionalizadora y justificada del Plan.

PARADA VÁZQUEZ insiste al respecto, obra citada, pág. 284:

«... en el cual (suelo no urbanizable) el aprovechamiento edificatorio urbano o residencial desaparece para cualquier titular, salvo excepciones discrecionales que no garantizan siquiera el mínimo de la anterior regulación del suelo rústico (se refiere a la LS/56)... Aparece como una medida sin justificación económica, ni urbanística, ni social... Socialmente, tampoco es razonable ni justo eliminar de forma absoluta el aprovechamiento de edificación sobre el propio fundo (rústico), históricamente respetado y profundamente arraigado en la conciencia popular en aquellas regiones en que la propiedad se encuentra muy dividida y repartida entre todas las capas sociales (norte y noroeste de España, zonas de Levante, islas Canarias, etc.) y en donde la misma es valorada antes como solar que en función de sus aprovechamientos agropecuarios.»

Tampoco puede admitirse la tesis conciliadora de BARNÉS VÁZQUEZ que admite la titularidad del aprovechamiento del propietario, pero remite la elección de dicho aprovechamiento a los poderes públicos (págs. 324 y sigs., ob. cit.). Las facultades de libre aprovechamiento del suelo (arts. 348 y 350 CC), según las posibilidades de éste (naturaleza de las cosas), son consustanciales al dominio no obstante su racionalización/ordenación (que debe justificarse/acreditarse), que puede limitar, vincular, prohibir un determinado aprovechamiento (función pública). Pero BARNÉS VÁZQUEZ se ve obligado a admitir en nota náufraga de pág. 326 tímidamente:

«Lo que, sin embargo (la conciencia jurídica), no parece haber asumido es el deficiente sistema de garantías jurídico-procesales a su titular, así como la mediatizada (con cierta frecuencia) formación de la decisión pública sobre el aprovechamiento urbanístico. Factores externos al sistema legal que pudieran traer su causa en la ausencia de criterios legales acerca de la decisión administrativa sobre la clasificación de suelo urbanizable.»

Cuestión trascendental esta de la deslegalización del derecho de propiedad (arts. 33 y 53.1 CE) y remisión al criterio autónomo de la Administración (arts. 9.3, 103 y 106 CE), de la que más adelante se tratará.

Resulta, en cualquier caso, beatífica la concepción que de la propiedad del suelo sustenta BARNÉS VÁZQUEZ, propiedad-función en la que la libertad real del propietario (no una libertad abstracta, caprichosa) consiste en la realización de la función social/pública racionalmente diseñada por un poder omnisciente y justo. Construcción de sabor genuinamente hegeliano, quien (HEGEL) no por casualidad se convirtió en el filósofo oficial del Estado prusiano.

En tal sentido (pág. 141, ob. cit.):

«Como veníamos observando, la noción constitucional del derecho de propiedad social, la propiedad privada, lejos de ser uno de los elementos que hay que contraponer a modo de tesis o antítesis, representa, por el contrario, la síntesis superadora. Ahí se han dado cita intereses generales y particulares, valores y bienes constitucionales diversos al menos en apariencia contrapuestos, que han sido artesanalmente regulados en perfecto equilibrio... Como hemos reiterado, tal equilibrio se ha traducido en una perfecta "fusión" de intereses, hasta el extremo de identificarse con plenitud el interés del particular —titular del derecho— y la función social, que representa a la entera colectividad.»

Igualmente, en págs. 115-116:

«Y es que sólo desde la óptica apuntada (el interés del particular y la función social no son "partes en litigio", sino que, por el contrario, coinciden plenamente) puede llegarse a una cabal comprensión de lo que sea el derecho subjetivo constitucional de la propiedad privada... Porque, en efecto, siendo la función y el poder o libertad como las dos caras de una misma moneda —indisolublemente unidas—, hemos de concluir que la esencia —común denominador de todas las formas de propiedad— no

puede estar sólo en una esfera de libertad, sino en un poder o libertad funcional (es decir, libertad para algo).»

Y para terminar (pág. 305):

«Por último, la función social, digna representante de tal principio (derecho a la propiedad), al erigirse en el espíritu interno del derecho de propiedad, es la que alcanza la perfecta síntesis o fusión entre la libertad y el deber que deviene así en poder funcional.»

La Constitución, repetimos, reconoce el derecho de propiedad privada (art. 33.1) y garantiza frente al legislador su contenido esencial (art. 53.1 CE). Contenido esencial que, de acuerdo con los criterios complementarios anteriormente referidos de la STC 11/81, de 8 de abril, naturaleza jurídica/ interés jurídicamente protegido, debe reconducirse a la construcción civil asentada en la conciencia sociológica y comunidad jurídica, según la cual, y de acuerdo con la tradición jurídica, el dominio es un poder jurídico pleno (en principio) sobre una cosa (derecho real), la cual queda sometida al señorío exclusivo de su titular. Es el derecho real más comprensivo y que sirve de tipo a todos los demás, *ius plenum in re corporali*, al que le son consustanciales las facultades de goce/disposición, área de libertad individual y fundamento de la sociedad civil, como reconoce la Constitución (art. 10) y promueve (art. 9.2).

Construcción del dominio que cualquier manual de Derecho civil ofrece. De interés, obra citada de DE LOS MOZOS, págs. 223 y sigs., que sigue la sistemática de LACRUZ BERDEJO en *Elementos de Derecho civil*, III-1. *Poseción y propiedad*, Bosch, última edición/90.

Es tradicional definir el derecho de propiedad por su contenido, es decir, por sus facultades. Tal es la técnica del Código Civil. Suelen clasificarse las facultades del dominio, limitándonos a las que aquí interesan.

a) *Facultades de libre goce o aprovechamiento*

Poseer, usar, gozar, disfrutar (arts. 348 y 354 fundamentalmente).

Como modalidad del goce o libre aprovechamiento del suelo: aprovechamiento urbanístico (*ius aedificandi*) y rústico (plantación, siembra...), artículo 350 CC. Y en virtud del libre aprovechamiento del suelo, la facultad de accesión (arts. 358 y sigs. CC), ya se extienda como «modo de adquirir» o extensión del dominio preexistente. El *ius abutendi*, debe puntualizarse, nunca ha sido entendido, contra lo que pudiera creerse, como

«abusar» en el sentido vulgar del término, sino «el significado de uso que comporta la transformación o la destrucción de la cosa, de acto de uso no repetible» (STEFANO RODOTA, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Cívitas/86, pág. 75). En cualquier caso (art. 7.2 CC): «La Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo.» Y artículo 562 del Código Penal.

b) *Facultad de libre disposición («ius disponendi»)*

Enajenar total (con las limitaciones de arts. 636 y 806 y sigs. CC) o parcialmente (disposición de facultades, derechos reales limitados) imposición de cargas o gravámenes, a título oneroso o lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*. Propiedad no vinculada ni amortizada en razón de la libertad del dominio/libertad de mercado (arts. 641, 781 y 785 CC, 26 y 27 LH).

c) *Facultad de reivindicación (acción real)*

(art. 348 CC, con las excepciones de arts. 464 y 1.473 CC y 34 LH)

Modernamente, por influjo de la dogmática alemana, se contempla el dominio a partir de sus caracteres esenciales (generalidad, abstracción y elasticidad) y atributos (absoluto, exclusivo) más bien que como suma de facultades. Con cita de LACRUZ, obra citada, pág. 284, Sentencia sintetizadora de 3-12-46 (cuyo texto repite la de 2 de octubre de 1975):

«... el dominio es el señorío abstracto y unitario sobre la cosa y no la suma de sus facultades de las que el propietario puede verse privado temporalmente, sin que por ello pierda la integridad potencial de su derecho, determinante de la posibilidad de recuperación efectiva de todas las facultades dominicales.»

Dicho señorío, potencialmente absoluto, tiene las limitaciones/delimitaciones establecidas por las leyes (arts. 348 y 350 CC y 33.2 CE).

Ha de estarse, por consiguiente, a la «función pública» que constituye el urbanismo y la «función social» de la propiedad que delimita el contenido de la propiedad inmobiliaria (art. 33.2 CE) de acuerdo con las leyes urbanísticas (LS/92, instrumentada mediante el Plan de Urbanismo) y agrarias (fundamentalmente Ley de Reforma y de Desarrollo Agrario de 1973 y normativa autonómica al respecto). Debe tenerse en cuenta, además, la delimitación resultante de las por el Código Civil llamadas «servidumbres legales de interés público» (por razón de protección del demanio, en interés

histórico-artístico, etc.), las cuales deben integrarse armónicamente en el planeamiento urbanístico (legislación sectorial). Pero el cúmulo de limitaciones/delimitaciones legales tiene una frontera constitucional: no pueden «desencializar» el derecho subjetivo. Porque, en tal caso, el derecho subjetivo (poder/interés del titular jurídicamente protegido) quedaría desvirtuado, desnaturalizado, irreconocible.

En tal sentido, la STS de 21-2-81:

«... por mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de la propiedad en materia urbanística, hasta convertirse en un derecho de los llamados “estatutarios”, su declinación respecto del sentido que ha tenido en sus momentos de mayor esplendor, en los que estaba permitido, en su ejercicio, hasta el *ius abutendi*, no puede llegar hasta el extremo de reducirlo a un derecho inerte, totalmente sometido a cuantas prohibiciones y limitaciones tengan a bien adoptar las distintas autoridades administrativas por rectas que sean sus intenciones; y no puede llegar a esos extremos porque la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales de los que integran la constelación de derechos de la personalidad, amparado en la cobertura legal que le proporciona el Código Civil (arts. 348, 349 y 350) y la propia Constitución (art. 33)... Al propietario no se le puede negar, en principio, el ejercicio del *ius aedificandi* en cuanto constituye una de las facultades más genuinas de su derecho dominical, si bien el moderno Derecho urbanístico ha impuesto, sin desconocer tal derecho básico de la persona, una racionalización del uso y aprovechamiento del suelo en función de las necesidades e intereses superiores de la colectividad.»

La Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Agraria Andaluza (3 de julio/84) dice:

«La función social de la propiedad es un tópico jurídico de muy diversas interpretaciones. Se puede decir con práctica aceptación general que la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modaliza su ejercicio, ejercicio que se aboca en la búsqueda de un logro social que al mismo tiempo preserva el ámbito del poder del titular.»

Dicha Ley instrumenta la expropiación del uso o dominio de la propiedad rústica por causa de interés social ante el incumplimiento de la función

social de la propiedad, remitiéndose a los artículos 71 y sigs. de la LEF, es decir, en cuanto que el incumplimiento de dicha función, *por no aprovechamiento del bien según su naturaleza y consiguiente utilidad social, con perjuicio social*, opera como causa de expropiación por interés social en favor de los perjudicados (beneficiarios de la expropiación). Una interpretación de la «función social» plenamente lógica con la racionalidad del uso del bien para evitar un perjuicio social efectivamente ocasionado (por omisión) por el propietario y que puede reconducirse sin violencia a la prohibición civil del abuso o ejercicio antisocial del derecho (art. 7.2 CC).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo, se pronunció sobre dicha Ley de Reforma Agraria Andaluza, fallando su adecuación al artículo 33 del Código Civil y realizó las siguientes consideraciones:

«La referencia a la "función social" como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir... Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.»

La sentencia citada no es precisamente un modelo de técnica jurídica y se presta a instrumentaciones equívocas. Desorbita, partiendo de una apriorística e «incivil» concepción del Derecho civil, a nuestro entender, adecuado planteamiento y aplicación que la Ley de Reforma Agraria Andaluza hace del interés social como *causa expropriandi* (art. 33.3), siguiendo las pautas de la LEF, que pueden reducirse al uso *civiliter* que de la propiedad debe hacerse (art. 7.2 CC). Resulta superfluo e incontinente y, lo que es más grave, desnaturalizador del derecho que la Constitución reconoce como un

prius y garantiza (arts. 33.1 y 53.1) invocar la «función social» (art. 33.2) nada menos que como «elemento estructural de la definición misma del derecho de propiedad privada».

La Constitución, por otra parte, de acuerdo con el citado artículo 53.1, establece que sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio del derecho de propiedad. Esto es, que la Ley (principio de reserva de la Ley) debe establecer los criterios materiales a que ha de ajustarse el planeamiento urbanístico para la clasificación del suelo, y Ley que, en cualquier caso, deberá garantizar el contenido esencial del derecho de propiedad.

La repetidamente citada STC 37/87, de 26 de marzo, establece, por lo que a la reserva de Ley se refiere:

«Prohíbe esta concreta reserva de Ley toda operación de deslegalización de la materia a todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable por lo demás, cuando como en el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización le hacen susceptible de diferentes utilidades sociales que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse.»

Muy oportunamente, por lo que se refiere a la Ley de Reforma 8/90 y extrapolable al Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio (LS/92), opina GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y valoraciones del suelo*, Editorial Cívitas/90, págs. 70-71:

«No es que el legislador no pueda recabar la colaboración reglamentaria, como dice la citada STC 37/87, de 26 de marzo. Sino que la Ley debe regular por sí misma todo cuanto sea susceptible de ser regulado a través de normas legales, de tal modo que sólo cuando la Ley no puede ir razonablemente más allá por la propia naturaleza del objeto normado cesa la exigencia de reserva material de la Ley.»

«Lo que supone, aplicando el Ordenamiento jurídico urbanístico, que la Ley debe establecer los criterios materiales a que ha de ajustarse el planeamiento para la clasificación del suelo. Si de

esta clasificación depende nada menos que las facultades urbanísticas, si de ello depende que un terreno quede reducido para siempre a no servir más que para usos agrícolas o puede servir de base a los más altos rascacielos, debe ser la Ley la que fije los criterios de clasificación.»

«Esto supuesto, es evidente que la legislación urbanística no cumple el principio de reserva de Ley. No la cumplía la legislación anterior a la Ley 8/90 y no la cumple esta Ley. No la cumple, al menos, por lo que respecta al suelo urbanizable común y por lo que respecta a la categoría de suelo en que más imperiosamente se impone cumplir con el mismo: el suelo urbanizable.»

Se cumple el principio de reserva de Ley por lo que se refiere al suelo urbano (consolidación de la edificación y/o urbanización básica), artículos 10 y 13 LS/92 (art. 78 LS/76). La LS/92, artículo 11, como la LS/76, artículo 79, no establece criterio material alguno para la clasificación de suelo urbanizable/apto para urbanizar. Tampoco por lo que se refiere al suelo no urbanizable común, artículo 12, frase primera, LS/92 [art. 80.a) LS/76]. La deslegalización resulta clamorosa.

La inexistencia de criterios legales objetivos de determinación del suelo no urbanizable común y urbanizable o apto para urbanizar implica una flagrante deslegalización del derecho y su remisión a criterios de oportunidad por la Administración planificadora («cheque en blanco» como califica cierta doctrina), criterios de discrecionalidad tan difícilmente separables de la arbitrariedad, poder taumatúrgico conferido a la Administración por un poder legislativo que hace dejación de su responsabilidad. Ciertamente que la Administración deberá motivar su discrecionalidad y oportunidad y cuya actuación es objeto de control jurisdiccional (desviación de poder), verdadera «prueba diabólica» para el administrado, además de los «privilegios legales» de presunción de validez y ejecutividad de los actos administrativos. La práctica generalizada de la ordenación municipal evidencia que ese poder taumatúrgico que se concede a la Administración local deriva en clasificaciones/reclasificaciones extrañamente oportunas/oportunistas, información privilegiada, etc. Institucionalmente se facilita la arbitrariedad, y si a ello se añade (y debe añadirse) el colapso crónico del poder judicial, el control judicial de la arbitrariedad (arts. 9.3 y 106 CE), resulta las más de las veces ilusorio. Dado el amplio campo de discrecionalidad administrativa que deriva de la deslegalización (donde se confunden los reinos de la discrecionalidad/arbitrariedad), poder exorbitantes de la Administración y debilidad del poder judicial, el artículo 24 CE resulta mera garantía formal, inoperante.

Sorprende por ello la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA/PAREJO ALFONSO, obra citada, pág. 410:

«El primer problema es el de si una actuación administrativa tan relevante, que nada menos define el contenido normal de la propiedad, como dice el artículo 87.1 LS/76, no está restringiendo el principio de reserva de Ley que en la regulación de la propiedad del suelo resulta hoy de los artículos 33.2 y 53.1 de la Constitución. Entendemos que no, porque el Plan ejercita por remisión delegativa que expresamente le confiere la Ley del Suelo. Expresamente lo dice así el artículo 76, los límites del derecho los establece esta Ley o, en virtud de la Ley del Suelo, por mandato de ésta, conforme al contenido y con las formas que dicha Ley prescribe. Se trata del fenómeno delegativo bien conocido de la remisión o reenvío formal por la Ley en favor de un Reglamento, supuesto que el Plan, no obstante su contenido singularizador y no abstracto y general, tiene naturaleza normativa y, en concreto, reglamentaria, como ya nos consta.»

La LS/92 culmina el proceso de vaciamiento del derecho de propiedad perpetrado por la LS/56 y LS/76. El *ius aedificandi* resulta creación exclusiva del planificador. También el legislador (como anteriormente se hizo notar), para ser lógico con sus propias premisas, debe concluir que el aprovechamiento rústico pertenece al planificador, ya que es «creado» por el Plan. Una vuelta al dominio dividido medieval, el dominio «útil» pertenece a la Administración, y el dominio «directo», meramente formal, a quien todavía se denomina propietario. En buena, elemental lógica, debiera (repetimos) concluirse que el verdadero propietario es el planificador, ya que la propiedad reconocida al propietario del suelo es meramente formal, vacía de contenido. No se entiende con tales presupuestos cómo el legislador, en razón de qué título, concede graciosamente (como ya vimos, ENTERRÍA/PAREJO ALFONSO apuntaron) al propietario una participación en las plusvalías generadas por el Ayuntamiento, planificador, siempre que, eso sí, en suelo urbano/urbanizable, consiga superar con éxito el «verdadero camino de perfección» (en feliz expresión de FRANCISCO PERALES MADUEÑO, «El nuevo texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana del Estado», *RDU*, 129/92, pág. 53) de adquisición gradual de deberes o facultades en los plazos perentorios al efecto, con el apercibimiento de expropiación-sanción (?) caso de incumplimiento, eso sí, previa audiencia al interesado, se supone que para que realice su autocrítica y acepte la sanción como expiación por no haber superado el ascético «camino de perfección» purificador de su concepción «burguesa» de la propiedad.

Pero ¿en qué consiste el derecho de propiedad según la LS/92?

En principio, tal derecho es un deber de acuerdo con el artículo 19:

«La aprobación del planeamiento preciso según las clases de suelo que se trate determina el deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso urbanizador y al edificatorio en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento o legislación urbanística aplicables, conforme a lo establecido en esta Ley.»

En segundo lugar, también deber, artículo 20:

«La ejecución del planeamiento garantizará la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados e implicará el cumplimiento de los siguientes deberes legales:

- a) Ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas.
- b) Ceder los terrenos en que se localice el aprovechamiento correspondiente a los Ayuntamientos por exceder del susceptible de apropiación privada o, en su caso, adquirir dicho aprovechamiento por su valor urbanístico en la forma que establezca la legislación urbanística aplicable.
- c) Costear y, en su caso, ejecutar la urbanización en los plazos previstos.
- d) Solicitar la licencia de edificación, previo cumplimiento de los deberes urbanísticos correspondientes, en los plazos establecidos.
- e) Edificar los solares en el plazo fijado en la preceptiva licencia.

El cumplimiento de estos deberes determina la gradual adquisición de las facultades urbanísticas que se definen y regulan en la sección siguiente.»

Más los clásicos deberes legales de uso, conservación (art. 21). Deberes/obligaciones *propter rem*, independientemente de quién sea su titular (art. 22).

Insiste la LS/92 en los pretendidos derechos de los propietarios, derechos que son deberes («facultades urbanísticas»: urbanizar, aprovechamiento urbanístico parcial, edificar, edificación; arts. 23 y sigs.).

Y al final del «camino de perfección» o «plan quinquenal» el propietario del suelo deviene propietario de la edificación («accesión retardada») siempre que la misma se halle amparada por licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37.1), porque la edificación realizada al amparo de licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable no queda incorporada al patrimonio del propietario del suelo (art. 40).

¿Y qué si incumple alguno de los deberes urbanísticos? Procede, como anteriormente se adelantó, la expropiación o venta forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad, con valoración aún más reducida (arts. 52, 57 y 62.2), a no ser que el propietario del suelo tenga la fortuna de que el mismo se halle en municipio «exento» (DA 1.º3) o que la Administración opte arbitrariamente por no aplicar dichas medidas.

Pero la lógica de la LS/92 (y anteriores LS) quiebra en sus premisas axiomáticas, acriticas, «peticiones de principio» («quod erat demonstrandum»). El aprovechamiento agrícola/urbano/urbanizable del suelo responde a la lógica de los hechos, de su propia naturaleza y del mercado que el Plan ordena/racionaliza, pero en ningún caso crea, y su instrumentación corresponde al propietario, como facultades del dominio, goce/disposición, sin las cuales no es reconocible el derecho. El Plan no crea, no tiene poder taumatúrgico alguno, sino que conforma, racionaliza, una materia que le viene dada. La incriminación que las Leyes del Suelo hacen sistemáticamente del propietario del suelo como «especulador» oculta la incompetencia e incapacidad de gestión de una Administración a la que se le reconoce un *ius imperii* absoluto, un cheque en blanco, de planificador y gestor. Escaso margen de especulación le resta al propietario ante la «función pública» que constituye el urbanismo y totaliza la ordenación del espacio y cuando el propietario necesariamente se ve sometido a las leyes del mercado, por otra parte, fuertemente intervenido.

Resulta altamente ilustrativa la opinión al respecto, precisamente, de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en «Informe redactado sobre la Ley 8/90, de 25 de julio, y sobre el anteproyecto del Texto Refundido de la legislación del suelo», informe redactado como miembro de la Comisión de Expertos constituida en el MOPU, *RDU*, 129/92, págs. 16-17:

«Hay que decir, además, que la visión del legislador que resulta de la Exposición de Motivos de la Ley 8/90 es un tanto ingenua. Parece pensar que los planes no se cumplen en plazo porque los propietarios son gente desidiosa que además prefieren permanecer esperando que suban los precios de los terrenos, y esto no es así en absoluto. Pudo serlo en 1956 cuando se promulgó la primera Ley del Suelo, pero entre el escenario económico español de 1956 y el de hoy no hay ninguna semejanza, como es evidente.»

«El propietario del suelo —aunque a él sigan aludiendo los textos legales— no cuenta para nada en este sector, por lo menos desde la reforma de la Ley de 1975, que, lógicamente, puso sus ojos en el empresario inmobiliario. Ese es el auténtico protagonista, y un empresario no es un rentista que se conforme con esperar a que su patrimonio aumente.»

Pero el legislador de la Ley 8/90 no es ciertamente inocente ni ingenuo, como tampoco el de 1956 y 1975, sino que utiliza el fácil y recurrente recurso a una dialéctica sofística. Se hace derivar el problema social (escasez de viviendas) de la «especulación» antisocial del propietario (ganancia ilegítima) como fundamento legitimador para la implementación de medidas de «justicia social» a costa del propietario (función social de la propiedad). Tales presupuestos (dialéctica de la función social en materia urbanística) se ejemplifican en la doctrina de GARCÍA DE ENTERRÍA/PAREJO ALFONSO, también TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, y la misma ha servido de legitimación autorizada de la Ley 8/90.

No se comprende, por ello, el intento de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ de desmarcarse de la Ley 8/90 y LS/92, cuya filosofía se enraiza en dicha doctrina. En referido informe se dice:

«Desde entonces se sabe (GARCÍA DE ENTERRÍA lo explicó magistralmente un año antes de su ya clásico trabajo sobre los principios de la Ley del Suelo en *Problemas actuales del régimen local*, Sevilla, 1957) que el levantamiento de las cargas y el cumplimiento de los deberes depende de la posibilidad —y la legitimidad— de la adquisición por el propietario de las plusvalías que resulten del Plan. Los puentes estaban, pues, tendidos ya. En este sentido, por lo tanto, la Ley 8/90 no es una innovación.»

«La novedad de la Ley es la radicalización exagerada de ese esquema, la formalización de la estructura secuencial de la propiedad, la disección de las distintas facultades que integran el derecho y el encadenamiento rígido y formal de cada una al cumplimiento de los distintos deberes de forma que o bien no nacen o bien se pierden cuando esos deberes no se cumplen. El perfil del derecho, a fuerza de extremar sus rasgos, se ha hecho caricatura. El vicio está, pues, en la exageración, no en el concepto, como acertó a subrayar BENAVENTE con su nueva bienaventuranza: “bienaventurados sean nuestros imitadores porque de ellos serán nuestros defectos”.»

«La Ley 8/90 ha instaurado un urbanismo a toque de corneta, en el que cuando ésta suena todo debe estar en orden, pues si los plazos establecidos no se han cumplido entra en juego la expropiación bajo la forma de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o expropiación-sanción.»

Al «no es esto, no es esto» orteguiano, exculpatorio de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, la Exposición de Motivos de la Ley 8/90 le opone que «esto» es «más de lo mismo». La clásica escenificación goyesca de «Saturno devorando a sus hijos».

Igualmente falaz resulta la instrumentación que del artículo 47 CE operan la Ley 8/90 y LS/92:

«La Comunidad participará en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos.»

Pero la Administración no genera, no crea, con el planeamiento plusvalía alguna; tan sólo se apropia coactivamente, por causa de nebulosa «función social», del 15 por 100 del aprovechamiento, más cesiones gratuitas de suelo para dotaciones públicas que la Ley ni siquiera cuantifica (deslegalización del derecho).

Todas las Leyes del Suelo (LS/56, LS/76 y LS/90) reiteran el mismo *ritornello*. Así, la LS/56:

«La Ley configura las facultades dominicales sobre los terrenos, según clasificación urbanística, constituyendo un estatuto jurídico del suelo. Las limitaciones y deberes que implica definen el contenido, normas de la propiedad según su naturaleza, y, por tanto, no dan lugar a indemnización.»

Igualmente, artículos 76 y 87 LS/76 y 5 y siguientes LS/92.

GARCÍA DE ENTERRÍA/PAREJO ALFONSO, obra citada, pág. 409, se remiten a la precisión conceptual limitación/delimitación, hoy moneda corriente:

«La doctrina alemana, desde GIERKE, distinguió por eso con toda corrección entre *Eigentumsbegrenzung*, delimitación de la propiedad que define su contenido esencial, y *Eigentumsbeschränkungen*, limitaciones de la propiedad que reducen o condicionan en situaciones singulares ese contenido normal que la Ley ha diseñado previamente. Lo que sobre la propiedad inmueble opera la Ley del Suelo (del 76) y los instrumentos de ordenación urbanística que ella habilita, los Planes en primer término, al determinar preceptivamente los usos posibles sobre los predios, es, justamente, establecer esos "límites" intrínsecos que "definen el contenido normal" del derecho de propiedad inmueble, como hemos visto que precisan, con absoluta corrección, los artículos 76 y 78.1 LS.»

«Que la Ley (aquí la LS) pueda acometer esa función de delimitación del contenido normal de la propiedad o de establecimiento de sus límites es lo normal, según hoy establece el básico artículo 33.2 de la Constitución a que luego tendremos que referirnos más despacio.»

Pero la referida interpretación doctrina/legal de la «función social» como delimitadora, conformadora, estructuradora del derecho de propiedad privada opera un vaciamiento radical del derecho. Este es considerado no a partir de la lógica que le es propia (derecho subjetivo, utilidad individual, autonomía de la voluntad, expresión de la libertad/dignidad de la persona), sino desde la lógica de la «función social», nebulosa jurídico-conceptual, más que concepto jurídico indeterminado, y por consiguiente de carácter necesariamente expansivo y totalizador a costa del correspondiente debilitamiento de la utilidad privada del derecho subjetivo.

La inseguridad jurídica y la arbitrariedad resultantes (art. 93 CE) son, sin embargo, consecuentes con la lógica perversa de la nebulosa «función social». Las diversas Leyes del Suelo (LS/56, LS/76, LS/90) instrumentan muy diferentes estatutos «ordinarios» (?) de la propiedad inmobiliaria, operando respectivamente una vuelta de tuerca adicional en la «administrativización» y vaciamiento del derecho a partir de un idéntico principio delimitador (vampirizador más bien) del contenido esencial del derecho, la «función social», constituyendo, creemos, un fraude constitucional.

Remitiéndonos nuevamente a DE LOS MOZOS, obra citada, pág. 202:

«En suma, la función social de la propiedad no es un concepto jurídico en sentido propio y no se puede poner en el mismo plano que el concepto de propiedad. Si se pudiera poner en el mismo plano, resultaría ser una condición o requisito de su reconocimiento, como sucede con la causa respecto del contrato y del reconocimiento general de la autonomía privada. Pero éste no es el caso. Concepto de propiedad y función social son, por tanto, categorías heterogéneas que no pueden ponerse en el mismo plano. Se opone a ello, además, la noción de derecho subjetivo y la propia unidad del concepto de propiedad por mucho que se aplique o recaiga sobre objetos de diversa naturaleza. En una palabra, la función social de la propiedad no es un concepto jurídico y aunque tenga un significado o una relevancia jurídica queda fuera del sistema.»

Y continúa DE LOS MOZOS en pág. 208:

«Por ello, y en tercer lugar, al referirse a que el criterio de la función social se desarrollará de "acuerdo con las leyes", no sólo está aludiendo a la "reserva de Ley", sino a que la función social es un "criterio" legislativo, es decir, de política legislativa, pero no por ello adquiere las dimensiones (por su necesaria inconcreción además) de un "principio general del Derecho" y ni siquiera de un *standard* jurídico o "cláusula general", como el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, sin olvidar, por otra parte, que

tal "criterio" se encuentra igualmente limitado por el "contenido esencial" del derecho de propiedad. Todo ello teniendo en cuenta además que toda la política social o económica del Estado se halla sujeta a la limitación que reconoce la libre empresa dentro del marco de la economía de mercado (art. 38 CE), aparte de hallarse sujeta, desde otro plano distinto al constitucional, en muchos aspectos a los objetivos de la política económica y social de la CEE.»

Es obligación de los poderes públicos (arts. 9.2 y 53.3 CE) hacer efectivos, reales, los principios rectores de la política social y económica, es decir, posibilitar que la generalidad tenga acceso al disfrute de los derechos socioeconómicos. Sólo la incapacidad, por incompetencia, de los poderes públicos en hacer efectivos dichos derechos busca la fácil coartada utilizando la función social de manera «desencializadora» de los derechos de los titulares, con escasa, por otra parte, utilidad para los no titulares. Cuando el derecho al trabajo (art. 40 CE), por ejemplo, vía normal para hacer efectivo el derecho a la vivienda (art. 47 CE) y a la propiedad en general, resulta una quimera, la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) es sólo una palabra vacía, y el sacrificio de los propietarios («especuladores») tan sólo se resuelve en empobrecimiento general.

Pero la Constitución no sólo reconoce el derecho a la propiedad privada (art. 33.1) cuyo contenido esencial deben preservar las leyes (art. 53.1), sino que además garantiza que:

«... nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes (art. 33.3).»

Ya se recordó con anterioridad el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el cual sólo admite la privación del derecho de propiedad por causa de necesidad pública legalmente constatada y bajo condición de una indemnización justa y previa. Dicha garantía, igualmente, en el artículo 349 del Código Civil. El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, protocolo adicional 1, se remite también a la utilidad pública como *causa expropriandi*, si bien el Estado español lo ratificó con la reserva del artículo 33.3 de la Constitución española. El Estado intervencionista amplía la tradicional *causa expropriandi* de «utilidad pública» al «interés social». La Constitución de 1931 habla de «utilidad social». La expropiación por causa de interés social es introducida en nuestro Ordenamiento por la LEF/54. En su Exposición de Motivos refiere:

«El artículo 32 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, en su párrafo segundo, amplía significativamente el principio sin perjuicio de conseguir una más rígida formulación de los límites de legalidad. "Nadie podrá —dice— ser expropiado sino por causa de utilidad pública o de interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes". Al consagrar la expropiación por interés social la Ley fundamental viene a incorporar jurídicamente una concepción que habiendo superado el agrio individualismo del sistema jurídico de la propiedad privada de la economía liberal viene a entender implícita, tras toda relación de dominio, una función social de la propiedad.»

Y de acuerdo con los artículos 71 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa, existe causa de interés social para la expropiación en determinados supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad, con perjuicio social. A la modulación que la Ley hace de la función social/interés social como *causa expropriandi* se remite la legislación posterior: Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, la Ley de Expropiación Forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad de viviendas de protección oficial (1-4-77), Ley sobre fincas manifiestamente mejorables (16-20-79), Ley de Reforma Agraria Andaluza (3-7-84), si bien el Estado retiene la competencia exclusiva sobre legislación sobre expropiación forzosa (art. 149.1.18 CE).

La Constitución (art. 33.3) curiosamente reproduce casi literalmente el artículo 32 del Fuero de los Españoles: «*En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes*. Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, *previa* la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes». *Previo* indemnización, garantía igualmente del artículo 349 del Código Civil. La *ratio iuris* del precepto constitucional (art. 33) conlleva la interdicción de la confiscación y el previo pago del justiprecio como garantías del derecho, pero el silencio constitucional (consciente, sin lugar a dudas) resulta, cuando menos, turbador.

Las garantías del propietario frente a la expropiación son, de acuerdo con la jurisprudencia:

- *Causa expropriandi*: utilidad pública o interés social.
- Derecho a indemnización: justa compensación económica, equivalente económico. Valor que permita al expropiado adquirir en el mercado un bien o derecho análogo con el que sustituir, sin beneficio para él, pero tampoco sin merma patrimonial alguna, el que tenía con anterioridad. Fundamentalmente artículo 43 LEF.
- Expropiación de acuerdo con las leyes.

El concepto de «utilidad pública» viene utilizándose tradicionalmente como referencia a la ejecución o implantación de obras o servicios públicos. Así, artículos 10 LEF y 132 LS/92.

Respecto al «interés social», es de interés recordar la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa:

«No se trata, pues, según claramente se precisa en la Ley, de dejar toda propiedad supeditada a la eventualidad de una expropiación por un interés social indefinido o enunciado de modo abstracto, sino simplemente de aquel caso en que la Ley fija al propietario una directiva concreta y le conmina con la expropiación para el supuesto de que la incumpla.»

La Ley de Expropiación Forzosa contempla supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad, con perjuicio social, y contemplando como beneficiarios de la expropiación a los perjudicados. En igual sentido, la normativa anteriormente referida, tanto pre como postconstitucional.

Pues bien, la LS/92 subvierte radicalmente las garantías constitucionales frente a la expropiación por lo que se refiere a la *causa expropriandi*, determinación del justiprecio y garantías procedimentales.

Los criterios de justiprecio en «expropiaciones urbanísticas» (arts. 46 y sigs. LS/92) se remiten a las valoraciones catastrales, las cuales si bien deben remitirse a valores de mercado (art. 66.2 Ley de Haciendas Locales), su permanencia en el tiempo (de las valoraciones catastrales) las hace irreconciliables con el valor del mercado por definición cambiante. Es decir, que la referencia al mercado es meramente ilusoria. Por lo que en la expropiación urbanística no opera la equivalencia del valor económico. Pero tales valoraciones no sólo se aplican a las expropiaciones urbanísticas, sino a todo tipo de expropiaciones (art. 46 LS/92), derogándose el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa. La Administración tributaria, sin embargo, recauda no según valoraciones catastrales, en las que no cree, sino según valoraciones reales de mercado (Impuesto sobre el Patrimonio, Transmisiones, Sucesiones y Donaciones). La arbitrariedad es flagrante (art. 9.3 CE).

Igualmente, por lo que se refiere a la expropiación-sanción o por incumplimiento de la función social de la propiedad. Ya la LS/76, artículo 124.2, disponía:

«El incumplimiento de las obligaciones y cargas impuestas por la presente Ley habilitará a la Administración competente para expropiar los terrenos afectados.»

Mera habilitación formal de la Ley, sin referencia a criterios materiales legales que la justifique.

La LS/92, entre los supuestos de aplicación de la expropiación contempla el de incumplimiento de la función social de la propiedad [art. 206.1./)]. Se habilita a la Administración la potestad expropiatoria (o, en su defecto, la aplicación del régimen de venta forzosa del terreno, arts. 227 y sigs.) por incumplimiento de la función social de la propiedad:

«Por inobservancia de los plazos establecidos para la urbanización de los terrenos y su edificación o, en general, de los deberes básicos establecidos en esta Ley...» [art. 207.a)].

Se aplica, por consiguiente, al incumplimiento de deberes de los artículos 19 y siguientes y 186 de la Ley del Suelo.

La LS/92 ni siquiera se remite formalmente al interés social como *causa expropriandi* constitucional. Violenta burdamente el lenguaje para sus propios fines: denomina función social al cúmulo de deberes que establece, identifica «implícitamente» dicha función social con el interés social y concluye como *causa expropriandi* cualquier incumplimiento de cualquiera de los deberes. Pero el incumplimiento de la función social como *causa expropriandi* por «interés social», instituto expropiatorio (intervención máxima sobre el derecho) que constituye la «última *ratio*», opera en supuestos legalmente tasados cuando el interés social (no un interés social «difuso») lo demanda por el perjuicio social efectivamente ocasionado. Cuando no se dan tales supuestos de excepción, la Administración, de acuerdo con el principio general de proporcionalidad e intervención mínima (principio penal y también del Derecho administrativo, art. 96 LPA/92), habrá de aplicar las medidas ordinarias que las normas de procedimiento administrativo establecen.

El legislador invoca incontinentemente principios inefables cual si de un operador «litúrgico» se tratara, siendo meros *flatus vocis* para legitimar la adquisición coactiva de terrenos a precio de saldo, confiscatorio (arts. 52, 57 y 62 LS/92) y sin garantía procesal alguna, salvo el trámite de audiencia para que el propietario incumplidor de cualquiera de los deberes de los artículos 19 y siguientes de la Ley del Suelo, en plazos perentorios al efecto, realice su autocritica. Dicha expropiación-sanción no constituyen una «última *ratio*», sino una sanción ordinaria para el caso de incumplimiento de cualquiera de los deberes urbanísticos y a precio confiscatorio. ¿No se le admitirá, siquiera, la presunción de inocencia como en el proceso penal o procedimiento sancionador administrativo? ¿No se exigirá dicha responsabilidad a título de culpa o dolo?

Pero los denominados supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad no excitan al legislador a su lógica subsanación.

Dicha potestad expropiatoria (o de venta forzosa) constituye simple

«facultad» discrecional (arbitrariedad, más bien, art. 42 LS, e, incluso, de acuerdo con DA 1.^ª3, párrafo 2.º) en los Municipios de población inferior a 25.000 habitantes (la inmensa mayoría):

«La expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa por incumplimiento de los plazos para urbanizar o edificar no será aplicable en estos Municipios, salvo que el Ayuntamiento, para la totalidad o parte del término municipal, acuerde su aplicación con carácter general.»

La inconsecuencia lógico-jurídica es patente. La razón de fondo no lo es menos: la Administración municipal carece estructuralmente de capacidad técnico-económica al efecto. Pero no importa que el propietario del suelo («especulador») carezca de capacidad para cumplir los deberes urbanísticos que le son impuestos («verdadero camino de perfección»). La expropiación, sanción o venta forzosa a precio de saldo penderá sobre él como una espada de Damocles a merced de la discrecionalidad municipal, salvo que tenga la fortuna de que su propiedad se halle en territorio «exento».

La lógica de la arbitrariedad del Poder reside en que la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad ha institucionalizado lo que la Ley de Expropiación Forzosa trató de evitar: la posibilidad de expropiación en fraude legal. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa:

«La Ley ha intentado, y cree haberlo conseguido, conciliar las exigencias idénticamente imperativas del respeto a la propiedad privada, evitando la posibilidad de expropiación en fraude legal, y del no menor respeto a la función social de esa propiedad, al procurar ordenar un procedimiento que permita hacer posible la expropiación a favor de un particular con garantía en el cumplimiento de la finalidad impuesta por la Ley.»

Por lo que a la «adquisición de facultades urbanísticas» («verdadero camino de perfección») se refiere, resulta sumamente ilustrativa la opinión de GONZÁLEZ PÉREZ sobre la Ley 8/90, obra citada, págs. 68 y 69:

«En la Ley que comentamos el derecho de propiedad urbana aparece desprovisto de las facultades inherentes a la propiedad. Para la Ley de Arrendamientos Urbanos las únicas facultades inherentes a la propiedad sobre el suelo son las facultades para aprovechamientos agrícolas, forestales y ganaderos, cinegéticos u otros semejantes (art. 5), es decir, la de la propiedad rústica. El propietario de suelo urbano o urbanizable carece en absoluto de la

facultad de edificar. Es un derecho vacío, de facultades urbanísticas. El aprovechamiento urbanístico es ajeno al derecho de propiedad. "El contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria —comienza el art. 11— se integra mediante la adquisición sucesiva de los siguientes derechos..." Estos son: el derecho a urbanizar (que se adquiere en los términos del art. 12), el derecho al aprovechamiento urbanístico (que se adquiere por el cumplimiento de los deberes que establece el art. 15), el derecho a edificar (art. 20) y el derecho a la edificación (art. 25).»

«A tenor de la normativa contenida en estos artículos..., el derecho a edificar es la culminación de un proceso cuyo desarrollo y ejecución queda en manos de las Administraciones públicas.»

«El propietario urbano se ha quedado degradado a la mera condición de agente de la Administración pública. Esta, con la mayor de las libertades en lo que afecta al suelo urbanizable y no urbanizable común, atribuye potencialidades distintas en consonancia a la diversa clasificación del suelo. Ella fija rigurosamente los programas de desarrollo del planeamiento y de ejecución de las previsiones urbanísticas. No queda margen alguno al propietario (si no es en los supuestos anecdóticos de la urbanización y edificación).»

«Por último, la Ley de Arrendamientos Urbanos, siguiendo la línea de leyes anteriores, consagra una normativa que conduce a la privación al propietario de sus facultades dominicales, sin indemnización. El propietario que no ha podido cumplir todas las exigencias que la Ley prevé para llegar a adquirir el derecho a edificar y a la edificación se ve privado de sus derechos a construir de unas de las facultades a cambio de una indemnización mísera.»

La LS/92 degrada ciertamente al propietario del suelo («especulador», antisocial) a la mera condición de agente de la Administración, coherente con las pautas legales anteriores de que trae causa. Refiere RODOTA, obra citada, págs. 232-233:

«... la antigua y siempre recordada afirmación de quienes ven en cualquier disminución de los poderes del propietario nada más y nada menos que su progresiva reducción a la condición de funcionario del Estado, como en efecto ocurrió en las ideologías totalitarias que teorizaban una posición del Estado o del Volk muy especial en relación con el individuo.»

Con amplia nota bibliográfica sobre el Estado fascista, pero extrañamente, por su condición de comunista, sin referencia alguna al llamado «socialismo real».

JAVIER BARNÉS, por su parte, obra citada, pág. 70, si bien con anterioridad a la Ley 8/90, insiste:

«Más en concreto, si el *dóminus* no se ha convertido —en virtud de la función social— en mero agente público (sería inútil el reconocimiento de la propiedad privada)...»

Y más adelante, pág. 77:

«Aunque no cabe caracterizar al titular dominical como un funcionario o agente público, podríamos contemplarlo, en cambio, representando el papel de "administrador" de los bienes objeto del derecho. Con el uso, en lenguaje figurado, de estos términos no se pretende sino subrayar que, sin transformarse en un mero servidor o ejecutor de las eventuales órdenes de la Administración, no es tampoco el titular exclusivo y excluyente de los bienes: ostenta, por lo contrario, ciertos poderes, delimitados, que recaen sobre determinados bienes. Se persigue, en fin, poner de relieve, de un modo plástico, la identidad entre la utilidad privada y la social que residen en el contenido del derecho estatutario definido (lo que nunca sucedería con un "agente público"), al tiempo que se destaca el carácter derivado y secundario del dominio (cuyo titular "administraría" unos bienes que originariamente corresponden a la sociedad, por lo que su ejercicio habrá de ser fiel reflejo y no podrá renegar del principio que le dio luz).»

Texto ejemplar que todo propietario del suelo («especulador») debiera meditar antes de emprender el purificador «camino de perfección» que la LS/92 le ha trazado.

La LS/92, para concluir, opera una vuelta de tuerca adicional en el proceso de «administrativización» y vaciamiento del derecho de propiedad privada, que la Constitución española, no obstante, garantiza. La mutación operada en la institución civil del derecho de propiedad no es inocente, no es ingenua. El Derecho civil es un derecho entre iguales. El derecho administrativo constituye un *ius imperii* por causa (coartada) de, en este caso, la nebulosa «función social», reino de la arbitrariedad del Poder, que reduce al ciudadano a la condición de súbdito.

Estimamos, con parte de la doctrina, que la vigente Ley del Suelo constituye un fraude de la Constitución por cuanto que, remitiéndose formalmente a preceptos constitucionales, vacía de contenido el derecho de propiedad privada que la Constitución reconoce y garantiza en artículos 33 y 53.1 mediante una instrumentalización indiscriminada y totalizadora de la nebulosa «función social», reduciendo al propietario del *status* de *dominus*

al de *servus*, sometido a una irracional mecánica secuencial y perentoria de deberes como condición para materializar parte del *ius aedificandi* que la Administración se irroga como propio y utilizando el instituto expropiatorio como medida ordinaria de expropiación-sanción con precio confiscatorio, sin garantías procesales y en base a un «difuso» interés social que se invoca como legitimación, otorgándose, por otra parte, omnímodos poderes a la Administración («cheque en blanco», deslegalización) en cuanto a la clasificación del suelo, entre otros extremos, se refiere.

Debe devolverse a la propiedad su *status* de «dominium plenum in re corporali», área de libertad individual, condición de ciudadano, que no de súbdito/agente de la Administración, poder jurídicamente protegido frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, sin perjuicio de la ordenación del urbanismo como «función pública», racionalizadora/no totalizadora, que trasciende el interés individual.

La Constitución recupera y garantiza, frente al régimen anterior, el sistema de libertades de las Declaraciones de Derecho, calificado de «burgués» y formal por los totalitarismos, al tiempo que, de acuerdo con el nuevo orden que inicia la Constitución alemana de Weimar (1919), constitucionaliza la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad e igualdad y los derechos socioeconómicos sean reales y efectivos (art. 9.2 CE). El Poder se legitima como garante y promotor de los derechos y libertades porque, parafraseando el principio bíblico, la persona no se sitúa en función del Estado, sino el Estado en función de la persona, ciudadano, no súbdito.

Puede el particular argüir, frente a la arbitrariedad de la Administración (planeamiento urbanístico), «desviación de poder», prueba «diabólica» ésta cuando el ámbito de discrecionalidad («cheque en blanco») es tan amplio que sus contornos se difuminan con los de la arbitrariedad y cuando, además y en última instancia, la acción judicial legitima el sistema de la legalidad urbanística.

Recurso más radical y efectivo en cuanto que cuestiona el sistema legal, resulta la promoción ante la jurisdicción ordinaria de la «cuestión de inconstitucionalidad» (arts. 163 CE y 35 y sigs. LOTC) a fin de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la vigente Ley del Suelo.

La utilización que del lenguaje en general y de la «función social» en particular hacen las Leyes del Suelo, evoca el siempre actual diálogo de *Alicia a través del espejo*:

«—Cuando yo uso una palabra —insistió Humpty-Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso— quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.

—La cuestión —insistió Alicia— es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

—La cuestión —zanjó Humpty-Dumpty— es saber quién manda...; eso es todo.»

ANA MARÍA ECHEANDÍA MOTA
Secretaria del Ayuntamiento de Noya