

Propiedad privada y régimen de suelo (*)

SUMARIO: 1. LA PROPIEDAD DEL SUELO COMO PROPIEDAD ESPECIAL.—
2. EL NUEVO RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO:
A) El suelo no urbanizable. B) El suelo urbano y urbanizable: a) Los deberes urbanísticos. b) Las facultades urbanísticas.—3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.—4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. LA PROPIEDAD DEL SUELO COMO PROPIEDAD ESPECIAL

Es bien sabido que el urbanismo confiere a la propiedad del suelo una fisonomía peculiar por una multitud de razones del más diverso orden; en el plano jurídico, esta especialidad se manifiesta en el objeto, contenido y régimen de la propiedad urbana, y sus causas más importantes son estas tres: la relevancia del *ius aedificandi* o derecho a edificar, la creación inevitable de plusvalías y la estricta necesidad de la intervención pública. En efecto, la propiedad urbana se caracteriza ante todo y por contraste con la rústica, porque el derecho de **edificar** pasa a un primer plano, si bien no agota el contenido del dominio; es una facultad que corresponde al dueño, que puede ejercerse de forma libre o controlada y constituye el título que le permite adquirir por accesión el dominio de lo **edificado**. Por otro lado, la propiedad urbana se revaloriza incesantemente como consecuencia de la obra urbanizadora tanto pública como privada, y ello sin esfuerzo en ocasiones y aun sin quererlo el propietario; este pluvalor se adquiere también por accesión, y como puede ser de una magnitud económica mayor que el valor del suelo, invita a invertir la clásica regla *superficies solo cedit*; en fin, la plusvalía urbana despierta la especulación del suelo y exige mecanismos de control para que revierta de algún modo a la sociedad. Hasta aquí puede decirse, como ha **afirmado** CARRASCO PERERA, que sólo el propietario está legitimado para actuar en el desarrollo urbano y que la intervención pública es externa al derecho de propiedad; pero es esto precisamente lo que la legislación del suelo ha cambiado, y se ha acentuado, quizá, por la

(*) Conferencia pronunciada en las *Jornadas de Urbanismo, Derecho y Notariado*, organizadas por el Ilustre Colegio Notarial de Burgos el 10 de marzo de 1992; el texto se ha adaptado al Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen de Suelo y Ordenación Urbana.

tercera versión aprobada de la Ley 8/1990, de 25 de julio, que ha potenciado notablemente la construcción obligatoria y sujeta a un calendario fijo. Por eso, y por último, el desorden urbano, la escasez de viviendas y el mercado inmobiliario alcista ha hecho que la intervención pública en el urbanismo no sea excepcional, sino normal en el Ordenamiento vigente, y no sólo en España, sino también en el Derecho extranjero.

Máxima expresión de esta tendencia es el artículo 47 CE, según el cual todos los españoles tenemos derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, lo que se relaciona, como ha observado RAFAEL GIL CREMADES, con la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE); los poderes públicos —sigue diciendo el precepto constitucional— harán efectivo este derecho regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, y la comunidad participará en las plusvalías generadas por la actuación urbanística de los entes públicos. Intervención que al configurar un régimen autónomo del *ius aedificandi* ha terminado por separar radicalmente la propiedad urbana del molde clásico de la propiedad común.

Con todo, esta intervención pública no es nueva, sino que se remonta a la polémica *servitus altius non tollendi* (D. 8.2.1), que al impedir edificar sobre cierta altura causó asombro y desconcierto en la doctrina del Derecho común. Aquí destaca el humanista y hogenote HUGO DONELLUS (1527-1591), para el que la servidumbre muestra que la libertad de edificar no es ilimitada, sino que está restringida por el estatuto urbano dado que, a su juicio, *sine dubio aedificandi ius publicum est*. En cambio, entre nosotros la *interpretatio* de las *Partidas*, en especial de la P. 3.32.25, fue mucho menos explícita y sólo sostuvo que la libertad de edificar en suelo propio debía respetar los límites impuestos por las servidumbres y luego por las Ordenanzas municipales, las cuales aparecieron a partir de 1749 y se sucedieron hasta la Ley de alineaciones de 1856 y las posteriores leyes de ensanche de 1864 y 1876. Lo que pone bien de relieve que, aunque entendidas como excepciones a una regla general de libertad, el derecho a edificar siempre ha convivido con las limitaciones impuestas por el Derecho administrativo.

Tal era la normativa en vigor al promulgarse el Código Civil en 1889 y a ella se remite el artículo 350 al disponer que el dueño del suelo puede hacer las obras que le convengan, pero con sujeción a los reglamentos de policía. Junto a la definición del dominio —que ha perdurado tanto por admitir el pluralismo de las propiedades como por consentir una segunda lectura que subraya las limitaciones antes que las facultades del dueño (BERCOVITZ, LASARTE ALVAREZ, MONTES PENADES, COCA PAYERAS)—, los artículos 353 y 358 permiten al dueño del suelo adquirir por accesión lo edificado en él y el artículo 361 le confiere el derecho a hacer suya la obra edificada por un tercero de buena fe, pero con la carga de pagar antes al

constructor todos los gastos realizados. Conforme con la jurisprudencia, hay aquí una accesión retardada hasta el momento del pago, que no es muy disímil en su estructura interna de la accesión también retardada que ha establecido el nuevo régimen del suelo.

Poco diremos sobre la legislación especial del suelo que no sea de sobra conocido. Así, concebida en un primer momento como simple sucesora de los viejos reglamentos de policía, permaneció por años de espaldas al Código Civil; sólo la doctrina más atenta reaccionó oportunamente —y aquí debo resaltar a mi maestro el profesor DE LOS Mozos—, y hace poco CARRASCO PERERA ha sostenido la plena integración de la misma con el Derecho común por establecer el estatuto normal de la propiedad urbana, y LOBATO GÓMEZ ha propuesto una nueva lectura del citado artículo 350 en una sugerente simbiosis del Código Civil y el régimen del suelo.

Como es sabido, por virtud del texto de 1956 la Administración asume la función pública de ordenar el urbanismo, cuyo eje es el planeamiento, el cual determina la clasificación y la calificación del suelo y conforma el contenido posible del *ius aedificandi*; por eso, la propiedad no sólo se modifica por limitaciones concernientes a su destino económico, modo de explotación y poderes dispositivos o incluso valor de cambio (DÍEZ PICAZO), sino que cambia de objeto al tiempo que incrementa su valor (DE LOS Mozos), pues no recae ya sobre una determinada porción de suelo, sino sobre una cierta cuota de aprovechamiento urbanístico (TORRES LANA y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ). Entre las principales novedades de la reforma de 1975 es de recordar el famoso artículo 76 del Texto Refundido de 1976, según el cual las facultades del dominio se deben ejercer dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en el planeamiento, así como el no menos célebre artículo 87.1, a cuyo tenor el planeamiento no confiere derechos indemnizatorios por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística, salvo en caso de modificación anticipada de los planes; no obstante, el mismo precepto establecía que los propietarios tienen derecho a una distribución equitativa de las cargas y beneficios derivados del urbanismo. A esta finalidad respondía el aprovechamiento medio, que sólo se aplicaba al suelo urbanizable programado y operaba mediante la reparcelación en el sistema de cooperación y el proyecto en el de compensación; se ha dicho con razón que el espíritu de la Ley derogada era todavía el de las viejas leyes de ensanche, ya que no sólo se orientaba hacia la expansión de la ciudad, sino que se centraba en la urbanización y descuidaba la edificación, la cual, aunque podía llegar a ser obligatoria, se sometía a un largo y complicado proceso que, en el mejor de los casos, se prolongaba hasta seis años.

Aparte de la intervención en el mercado, estos dos problemas son los

que trata de corregir la reforma de 1990, incorporada al nuevo Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Frente al primero se establece el aprovechamiento tipo, que ahora se aplica tanto al suelo urbanizable como al suelo urbano cuando admite unidades de ejecución, y en las actuaciones asistemáticas en esta clase de suelo, mediante las transferencias de aprovechamientos, que no sólo son inscribibles en el Registro de la Propiedad, sino susceptibles de gravamen. Y ante el segundo problema, que es acaso el tema central de la nueva Ley, se articula un rígido mecanismo de adquisición gradual sometido a plazos cortos y perentorios de las cuatro facultades urbanísticas que integran hoy el *ius aedificandi*, a saber: el derecho a urbanizar, el derecho al aprovechamiento urbanístico, el derecho a edificar y el derecho a la edificación o a lo edificado. Si el propietario ejerce estas facultades conforme a los requisitos legales —que no administrativos— y en tiempo oportuno, desemboca en la accesión de la obra construida; pero la falta de ejercicio o la caducidad de los plazos comporta la privación del dominio y de las facultades no ejercidas por la venta forzosa o la expropiación y drásticas reducciones en la valoración de los terrenos y de las obras.

Este es, en síntesis, el vigente régimen del suelo, que pasamos a exponer; primero respetaremos la sorprendente terminología del legislador y luego intentaremos esclarecer su significado técnico.

2. EL NUEVO RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO

En efecto, el régimen urbanístico de la propiedad del suelo se configura ahora como una pieza clave de la ordenación urbana; no sólo es uno de los dos objetos de la nueva Ley, sino que constituye uno de los aspectos de la actividad urbanística y la primera de las finalidades de la acción urbanística, que consiste precisamente en «procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas de la misma» [art. 3.º1.a)]. Por eso, este régimen ha pasado al Título I del nuevo Texto Refundido, el cual se divide en tres importantes capítulos, que se refieren a las disposiciones generales, al régimen del suelo no edificable y a las normas propias del suelo urbano y urbanizable.

Aparte de las definiciones y clases de suelo, las disposiciones generales —que han venido a sustituir los pretendidos principios de la reforma de 1990— se limitan a parafrasear preceptos constitucionales o a reiterar las normas que conocemos del Texto Refundido de 1976. En efecto, el artículo 5.º, que aplica el artículo 33.2 CE, dispone que la función social de la

propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas apropiables y condiciona su ejercicio, en tanto que el artículo 7.º, en aplicación del artículo 47 CE, consagra la participación de la comunidad en las plusvalías y el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento; en consonancia con el texto anterior, el artículo 8.º establece que la utilización del suelo en general, y en particular su urbanización y edificación, se hará en la forma y con las limitaciones impuestas por el planeamiento y de conformidad con la clasificación y calificación urbanística del suelo, el cual, según el planeamiento y las normas subsidiarias, puede ser urbano, urbanizable o apto para urbanizar y no urbanizable en los municipios con Plan general, o solamente urbano y no urbanizable en los pequeños municipios en que dicho Plan se puede sustituir por el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano. Asimismo, el artículo 6.º nos dice que la ordenación del territorio y de la construcción no confiere derechos indemnizatorios, salvo en los supuestos contemplados por la Ley, que son los previstos por los artículos 237 a 241 y se reducen a estos tres. Por un lado, el cambio de los Planes que disminuya el aprovechamiento apropiable conforme al planeamiento anterior, siempre que esté patrimonializado —o sea, adquirido por el propietario—, caso en que se indemniza la diferencia de aprovechamiento, incluso cuando se trate del derecho a edificar, los gastos del proyecto para el que obtuvo la licencia y todos los gastos que devengan inútiles por el cambio de Planes o, en su caso, la expropiación; por otro lado, son indemnizables las vinculaciones singulares impuestas por la conservación de edificios, y sólo en la medida en que excedan de los deberes legales y los beneficios obtenidos por el dueño; en fin, el particular diligente puede exigir el resarcimiento de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la anulación de licencias, demora injustificada en su otorgamiento o derogación improcedente y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración de conformidad con las reglas generales.

Por último, además de estas disposiciones generales, es de advertir la existencia de un principio implícito sobre el que se ha guardado un cuidadoso silencio; nos referimos al que determina al titular de las facultades urbanísticas, pues nada se dice acerca de si han pasado al dominio público, como da a entender la confusa terminología legal, o, por el contrario, son inherentes a la propiedad privada del suelo, según se desprende, como veremos, de una lectura atenta a la propia Ley. En este sentido sigue siendo válida la observación de DE LOS MOZOS según la cual la legislación del suelo no es distributiva de la propiedad puesto que se ocupa sólo de los propietarios, pero no entra en la situación de los no propietarios, lo que es grave porque éstos son también habitantes de la ciudad. Una salvedad al respecto es que ahora la actuación urbanística no extingue los arrendamientos urbanos y los arrendatarios conservan su derecho de retorno y los ocupantes de

viviendas ostentan un derecho de realojo, de lo que un autor como MARTÍN BLANCO deduce que la Ley 8/1990 ha derogado el discutido Decreto Boyer.

A) SUELO NO URBANIZABLE

El régimen del suelo no urbanizable es relativamente simple. Es un suelo rústico que se tasa por el valor catastral y no se incluye en las otras clases de suelo, aunque puede ser objeto de una protección especial por razón de sus características agrarias, recursos naturales, valores paisajísticos o culturales o para la defensa de la flora, fauna o equilibrio ecológico; sólo puede destinarse a fines agrarios, cinegéticos o medioambientales. En esta clase de suelo caben cuatro tipos de obras, a saber: las destinadas a las explotaciones agrícolas, las vinculadas a las obras públicas, las edificaciones de utilidad pública o interés social y los edificios aislados para viviendas familiares donde no existan núcleos de población. En particular, este suelo debe preservarse del desarrollo urbano, no admite parcelaciones urbanísticas y la transmisión, división y segregación de fincas no puede efectuarse en contra de lo dispuesto por la legislación agraria, esto es, que no resulten parcelas de dimensión inferior al tamaño de la respectiva unidad mínima de cultivo.

Al suelo no urbanizable, en fin, se asimila el suelo urbanizable no programado mientras no se apruebe el correspondiente programa de actuación urbanística; una vez aprobado el programa y adjudicada su ejecución, este tipo de suelo se equipara al urbanizable.

B) EL SUELO URBANO Y URBANIZABLE

Más complejo es, en cambio, el régimen del suelo susceptible de edificación, es decir, el suelo urbano y el urbanizable o, en su caso, el apto para urbanizar. Se trata de terrenos que cuentan —suelo urbano— o pueden llegar a contar tras la ejecución del planeamiento —suelo urbanizable o apto para urbanizar— con acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o que estén situados en áreas de edificación consolidada al menos en dos terceras partes —municipios con Plan— o la mitad —municipios sin planeamiento—. Sólo en suelo urbano las fincas se pueden considerar como solares aptos para la edificación si están urbanizadas o cuentan con los servicios indicados y dan frente a vía de calzada pavimentada y aceras encintadas o, si hay planeamiento, que tengan señaladas alineaciones y rasantes.

Novedad plausible de la reforma ha sido la equiparación casi completa

del suelo urbano y el suelo urbanizable; no obstante, difieren en estos importantes aspectos: el tipo de Plan que requieren, la reducción del aprovechamiento apropiable, el cálculo del aprovechamiento tipo y las actuaciones asistemáticas o fuera de unidades de ejecución que sólo caben en suelo urbano, con la consiguiente exclusión de las transferencias de aprovechamientos en suelo urbanizable o apto para urbanizar. Con todo, en las dos clases de suelo rigen las mismas normas sobre los deberes y las facultades urbanísticas, con alguna variación de detalle.

a) *Los deberes urbanísticos*

Así pues, en ambas clases de suelo, una vez aprobado el planeamiento que corresponda, surge el deber de los propietarios —y sólo de ellos— de incorporarse al proceso urbanizador y edificatorio en las condiciones y en los plazos marcados por el respectivo Plan o, en su defecto, por la legislación aplicable o por la propia Ley. Esta llamada incorporación consiste en realidad en la construcción obligatoria y conforme a la adquisición gradual —o más bien ejercicio paulatino— de las facultades urbanísticas si se han cumplido previamente los deberes legales, que ya en la fase de ejecución del Plan aseguran la distribución equitativa de beneficios y cargas tanto en el sistema de cooperación como en el de compensación, cuyo proyecto accede al Registro y es bastante para provocar las modificaciones registrales que procedan. Estos deberes legales no son simples obligaciones *ex lege*, sino que se configuran como auténticas cargas reales, de naturaleza ambulatorio o *propter rem*, que circulan junto al derecho de dominio, quedando el adquirente subrogado en la posición urbanística —diríamos— del transmitente; por eso, su cumplimiento o incumplimiento se refleja en el Registro de la Propiedad.

El artículo 20 del Texto Refundido menciona los cinco deberes siguientes: 1.º Ceder terrenos destinados a dotaciones públicas y, aunque no se diga, con carácter gratuito, lo mismo para sistemas generales (equipamiento comunitario) que para sistemas locales (un parque); dotaciones que se pueden obtener además por la inclusión en unidades de ejecución, expropiación o la ocupación directa, que se paga en aprovechamiento. 2.º Ceder el 15 por 100 del aprovechamiento tipo correspondiente al área de reparto, que ha aumentado con respecto al anterior aprovechamiento medio en un 5 por 100 y se aplica al suelo urbano además del urbanizable; tal es, pues, el aprovechamiento apropiable por cada propietario y por el conjunto de propietarios comprendidos en las áreas de reparto que debe fijar el Plan General Municipal. Lo que significa que el aprovechamiento máximo que puede corresponder a un propietario es, por regla general, el 85 por 100 del

aprovechamiento tipo multiplicado por los metros cuadrados de superficie que posea. 3.º Costear las obras de urbanización en el sistema de cooperación y ejecutarlas en el sistema de compensación; obras que consisten, en términos generales, en las que se requieran para dotar a cada parcela de la infraestructura y los servicios necesarios para que pueda considerarse como solar. 4.º Solicitar la licencia de edificación dentro del plazo y previa acreditación de haber cumplido los deberes anteriores. 5.º Edificar los solares en los plazos señalados por la licencia.

Pero no terminan con esto los deberes impuestos a los propietarios, sino que además de la declaración de obra nueva deben conservar los terrenos y construcciones y mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público; están obligados a cumplir las normas protectoras del medio ambiente (Ley 4/1989, de 27 de marzo), del patrimonio histórico (Ley 16/1985, de 25 de julio) y las de rehabilitación urbana (Real Decreto 2239/1983, de 28 de julio); y ello sin perjuicio del destino efectivo al uso previsto en cada caso por el planeamiento urbanístico.

b) *Las facultades urbanísticas*

El cumplimiento de estos deberes determina la gradual adquisición de las facultades urbanísticas, dice el artículo 20.2 del Texto Refundido; en otras palabras, estamos ante la *conditio iuris* que habilita al propietario para ejercer sucesivamente los derechos —*rectius*: facultades— a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar y, por último, a la accesión de lo edificado. Es de notar que el cumplimiento de estos deberes no exigen siempre un acto concreto del propietario, pues el primero de estos derechos, el derecho a urbanizar, se adquiere por la aprobación del respectivo Plan, acto que incumbe en exclusiva a la Administración, aunque el Plan se deba a la iniciativa de los particulares; e igual sucede con el derecho al aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano asistemático, que se adquiere también por el solo hecho de dicha aprobación.

De un modo esquemático, recordemos que el derecho a urbanizar consiste en la aptitud legal o facultad de poner en práctica las cesiones de aprovechamiento y de terreno, el reparto de beneficios y cargas en el proyecto de reparcelación o de compensación y pagar o realizar las obras de urbanización precisas para constituir solares edificables; por eso, en el sistema de compensación se traduce en la licencia para llevar a cabo tales obras y se extingue si la urbanización efectiva no se alcanza dentro del plazo, salvo respecto de aquellos propietarios que presten garantías por el 25 por 100 de su importe más los gastos de gestión.

Se adquiere esta facultad, como sabemos, por la aprobación definitiva

del planeamiento más específico según la clase de suelo; se trata, en concreto, en suelo urbano del Plan Especial de Reforma Interior y en suelo urbanizable del Plan Parcial, a no ser que se exijan además otros instrumentos pormenorizados, como los Estudios de Detalle, los Proyectos de Urbanización o los Catálogos de conservación o mejora de bienes de interés cultural. El ejercicio oportuno de esta facultad aumenta la valoración del terreno en un 50 por 100 del aprovechamiento apropiable en suelo urbano o del coste de la urbanización en el suelo urbanizable; en tanto que el incumplimiento o el vencimiento del plazo produce una reducción del mismo porcentaje en el suelo urbano, mientras que el urbanizable vuelve al valor inicial, que equivale al valor catastral. El plazo no se ha señalado por la Ley; de aquí que, a falta de determinación en el respectivo Plan, PERALES MADUEÑO entienda que, por analogía con el derecho al aprovechamiento urbanístico, son cuatro años, y MARTÍN BLANCO que es el que fije la licencia, al menos, en el sistema de compensación.

La extinción debe ser declarada por una resolución administrativa dictada con audiencia del interesado, que es recurrible conforme a las reglas generales; en tanto no se notifique que se ha iniciado el expediente, cabe proseguir el ejercicio de esta facultad; pero tal notificación lo paraliza de inmediato, impide pasar a la facultad siguiente y reduce el aprovechamiento apropiable a la mitad. Declarado el incumplimiento, se anota al margen de la última inscripción de dominio y la finca se inscribe en el nuevo Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar, en cuyo caso se somete a venta forzosa a favor del mejor postor si el Ayuntamiento no opta por la expropiación, el cual, si no opta en un año, puede ser sustituido por la respectiva Comunidad Autónoma. A juicio de GONZÁLEZ PÉREZ, este sistema puede conducir a que el suelo acabe en manos públicas o de la gran empresa; lo que es cierto, pero la preferencia por la venta forzosa hace temer que estemos ante una segunda desamortización de la propiedad, esta vez del apetecido suelo edificable y en que las nuevas manos muertas sean los propietarios pobres y los Ayuntamientos de pocos recursos. En otras palabras, dicha preferencia puede llevar a la amortización del suelo edificable en manos de las grandes empresas constructoras.

El derecho al aprovechamiento urbanístico consiste en la atribución efectiva al propietario del aprovechamiento apropiable conforme a los usos e intensidades que resulten de la calificación urbanística; recordemos que se trata del 85 por 100 del aprovechamiento tipo y que en caso que no se pueda materializar según el Plan se traduce en su equivalente económico. Se adquiere por el ejercicio oportuno de la facultad anterior, salvo en el suelo urbano excluido de unidades de ejecución en que basta la aprobación del Plan Especial, y, en todo caso, al cabo de cuatro años desde la aprobación definitiva del planeamiento correspondiente. Su ejercicio se verifica

por el hecho de solicitar la licencia de edificación y presentar un proyecto ajustado al planeamiento en el plazo general de un año, o de dos en el caso especial del suelo urbano asistemático; y se debe acreditar por una certificación municipal que se entiende otorgada a los tres meses de silencio administrativo y de la que se toma razón en el Registro de la Propiedad por nota marginal. Asimismo, en el sistema de compensación, para la recepción municipal de las obras de urbanización ya realizadas basta el ofrecimiento formal de la cesión de las mismas. Esta facultad se extingue por el vencimiento de los plazos indicados, en cuyo caso el aprovechamiento apropiable se reduce a la mitad en suelo urbanizable y en suelo urbano asistemático, y al 75 por 100 del aprovechamiento tipo en el sujeto a unidades de ejecución. En fin, la extinción se rige por el mismo procedimiento y tiene las mismas consecuencias que hemos descrito antes.

El derecho a edificar es la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico que se ha adquirido una vez solicitada la licencia dentro de plazo y se debe ejercitar a partir de su otorgamiento y con arreglo a la misma; la licencia —dice el art. 33— determina la adquisición del derecho a edificar, y la doctrina es unánime al entender que ahora es de naturaleza constitutiva, ya que no se limita a comprobar la preexistencia de unos requisitos legales, sino que crea o atribuye la facultad de edificar. Con todo, no se debe olvidar que se trata en todo caso de un acto debido, pues la Administración debe otorgarla si el particular reúne los requisitos para obtenerla; prueba de ello es que la denegación injustificada no sólo da derecho a exigirla, sino también al resarcimiento de los daños y perjuicios.

La edificación se debe realizar al ritmo y en la duración marcados por la licencia, que ha de fijar los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras. Su incumplimiento o infracción produce la extinción de la facultad de edificar y la caducidad de la licencia que impide reanudar las obras, salvo las necesarias para la seguridad y conservación de la parte edificada. La extinción, por fin, tiene igual reducción y se rige por las mismas reglas que el caso anterior, sólo que las obras realizadas se tasan aparte de acuerdo con su coste de ejecución según el valor fiscal que equivale al valor de mercado, y el correspondiente proyecto se valora en el 25 por 100 de dicho coste.

El derecho a adquirir lo edificado, por último, es la facultad del propietario de incorporar a su patrimonio la obra ejecutada y concluida conforme a una licencia legal y vigente. Esta edificación puede ser objeto de la declaración de obra nueva, la cual, si se ha terminado, exige que se acredite haberse otorgado la licencia y que la obra se ajusta al proyecto aprobado por ella; en caso que la obra esté en construcción, lo mismo que en el supuesto de obra meramente proyectada, se requiere además que el propie-

tario, una vez concluida, haga constar su terminación dentro de tres meses mediante acta notarial. Por otra parte, en la hipótesis que la obra se haya hecho sin licencia o sea disconforme con ella, procede su demolición sin indemnización. En fin, si la licencia es anulada por contravenir la ordenación urbanística no se produce la incorporación aludida y la finca se inscribe en el Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar, con la suerte ulterior que conocemos; asimismo, en el Registro de la Propiedad la interposición del correspondiente recurso se hace constar por anotación preventiva y la sentencia firme por inscripción. Con todo, si el propietario hubiera adquirido el precedente derecho al aprovechamiento urbanístico al momento en que solicitó la licencia anulada, puede pedir una nueva licencia en el plazo de un año. Por último, en el supuesto que la licencia hubiera autorizado un aprovechamiento superior al apropiable, el dueño y sus sucesores—salvo el tercero hipotecario—deben abonar a la Administración dicho exceso o, en el caso de esta salvedad, una indemnización en metálico. Lo que significa, en último término, que el exceso pertenece al propietario con la carga de pagar su precio a la Administración.

Este es, en apretado resumen, el nuevo régimen urbanístico del suelo; pasemos ahora a unas breves consideraciones críticas.

3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Varias son las dudas que suscita la reforma y mantiene el Texto Refundido, como no podía ser de otro modo, que se pueden formular así: ¿Se ha suprimido la propiedad privada del suelo? ¿Se ha separado o dissociado el *ius aedificandi* del contenido del dominio? ¿Se han modificado, por último, los preceptos básicos del Código Civil que hemos recordado?

Pienso que no, que nada de esto ha ocurrido; pero antes de contestar estas preguntas conviene un somero repaso de la legislación extranjera. Como ha destacado CARRASCO PARERA, en Alemania el derecho a edificar se considera una *pars dominii*, que aun cuando sólo se hace practicable por el Plan se ampara por la garantía constitucional de la propiedad, y su privación exige expropiación y consiguiente indemnización; asimismo el autor antes citado señala que en Francia, aunque el *plafond legal de densité* fije un volumen rígido de edificabilidad de un metro cúbico por un metro cuadrado de superficie (salvo en París), es el propio Código del Urbanismo el que establece que el derecho a construir está ligado (*attaché*) a la propiedad del suelo (art. L. 112). Sólo en Italia ha prevalecido por largo tiempo, en cambio, la tesis contraria según la cual el *ius aedificandi* se ha separado del dominio y es objeto de una concesión administrativa por la que el titular del suelo debe pagar un precio; no obstante, esta tesis, tras la jurisprudencia

constitucional de los años ochenta, que ha estudiado LOBATO GÓMEZ, hoy se considera «insostenible y ya superada» (LIBERTINI).

Es esta tesis, sin embargo, la que ha inspirado la concepción estatutaria de la propiedad del suelo que, no sin voces disonantes (BOQUERA OLIVER), ha predominado entre nosotros desde la primera Ley del Suelo gracias al prestigio e indiscutible autoridad de GARCÍA DE ENTERRÍA; como explica TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en un fragmento ejemplar, a propósito del texto de 1956, «la Ley introdujo una innovación esencial: la configuración de un nuevo estatuto jurídico para la propiedad del suelo, que a partir de ella dejó de ser el derecho de usar y abusar de los bienes sin otras limitaciones que las expresamente establecidas en las leyes (según la concepción romana recogida en el art. 348 CC), para convertirse en un derecho limitado en su contenido a lo que la Ley urbanística y los planes de ordenación a los que ésta se remite determinen en cada caso concreto y sujeto en su ejercicio al cumplimiento de los deberes específicos que la Ley y los planes imponen a su titular. El *ius aedificandi*—continúa el mismo autor—, que era, obviamente, el primero y más importante de los contenidos potenciales del derecho de propiedad, pasó a ser, consiguientemente, una atribución expresa del plan urbanístico, atribución que éste hace en consideración a los intereses públicos inherentes a la ordenación del espacio planeado y cuya adquisición efectiva por el titular del suelo se subordina al cumplimiento por el mismo de los (entonces) dos deberes esenciales: contribuir a los gastos de urbanización y edificar en la forma y plazos que el plan precise» (pág. 20). Lo que, a juicio del mencionado autor, la legislación ulterior no ha hecho más que radicalizar y la reforma de 1990 llevar a sus últimas consecuencias al establecer, en particular, «la vinculación conceptual entre los beneficios y las cargas, las facultades y los deberes, que el plan hace surgir y que constituye la auténtica clave de la concepción estatutaria de la propiedad, formalizando al límite esa vinculación hasta el punto de dar al derecho de propiedad una estructura secuencial, de modo que las facultades o contenidos positivos que el plan aporta en razón de la clasificación y calificación que otorga a los terrenos se van adquiriendo progresivamente por el titular de dichos terrenos a medida que éste va cumpliendo los deberes y levantando las cargas que para cada fase del proceso la Ley y el plan le «imponen» (pág. 119).

Con ser inexacta esta interpretación del citado artículo 348 del Código Civil y no tener en cuenta los últimos desarrollos de la doctrina civilista, es claro que una concepción semejante es la que está en la base de la Ley y es la que deja entrever el lenguaje que utiliza el Texto Refundido. Acaso por ello se ha sostenido que hoy la propiedad se ha desfigurado para pasar a ser «un derecho vacío de facultades urbanísticas» y el propietario se ha degradado (*sic*) a la condición de agente de la Administración pública

(GONZÁLEZ PÉREZ, págs. 68-69), o que la propiedad ha quedado vacía de contenido para convertirse en una titularidad meramente fiduciaria (CHICO ORTIZ); asimismo, se ha entendido que el *ius aedificandi* se ha disociado definitivamente y no pertenece ya al propietario por no ser inherente al dominio y surgir del Plan (MARTÍN BLANCO), lo que se debió asentar, en opinión de PERALES MADUEÑO, en el Código Civil con la consiguiente modificación del artículo 350, entre otros. En fin, tampoco ha faltado la postura contraria según la cual el Código no ha sufrido alteraciones, pues si el propietario cumple los deberes y derechos legales, hace suyo lo edificado por aplicación del artículo 353; mientras que si la obra es ilícita, por el contrario, su demolición comporta la pérdida del dominio e impide, en consecuencia, que actúe la accesión (ARNAIZ EGUREN).

Ahora bien, en la propia Ley hay numerosos indicios que confirman esta última interpretación. Aparte de afirmar la Ley 8/1990 que los propietarios «son los llamados en primer término a realizar las tareas de urbanización y de edificación» (Preámbulo, I.3.º), la actividad urbanística se refiere, según el Texto Refundido, a la «intervención del ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación» [art. 2.ºc)]; por otra parte, la función social de la propiedad implica, como ha observado con agudeza ÁNGEL LÓPEZ, la existencia del derecho subjetivo del cual se predica; e igual sucede no sólo en materia de expropiación, sino también con los derechos de tanteo y de retracto conferidos a los Ayuntamientos, pues presuponen la existencia del dominio que habilitan para adquirir con preferencia; en fin, además de aludirse a los propietarios en ocasiones diversas y dispersas, es sumamente significativo que a la hora de concretar el aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano sistemático, se marque una preferencia por la «propia parcela» [art. 29.1.b).1.º y 2.º]. Todo lo que pone de relieve una cosa obvia: que el derecho de propiedad privada del suelo es un presupuesto implícito en la Ley y que el propietario es el único sujeto legitimado para intervenir, activa o pasivamente, en el ejercicio de los deberes y derechos previstos en ella. Una buena prueba la constituye el *test* contrario, esto es, que el suelo no se ha demanializado o nacionalizado de forma expresa, tal y como ha ocurrido, por ejemplo, con los yacimientos arqueológicos, respecto de los que no se aplica el artículo 351 del Código Civil (art. 44 Ley 16/1985, de 25 de junio), el dominio público hidráulico (art. 1.º2 Ley 29/1985, de 2 de agosto) o las costas (arts. 3-6 Ley 22/1988, de 28 de julio).

De acuerdo con esto, hay que concluir que el *ius aedificandi* sigue siendo inherente al derecho de propiedad y pertenece a su titular. En efecto, su ejercicio no requiere un acto singular de la Administración, y menos una especie de concesión administrativa, sino que basta que se den los distintos requisitos legales que para cada facultad urbanística se establecen; por eso

—y esto es lo importante—, aunque tales facultades brotan *ex novo* del Plan y es éste el que habilita al propietario para ejercerlas, surgen en realidad en cada caso *ex lege*, pues se debe distinguir con total nitidez la actuación administrativa y la Ley. No se oponen a esta interpretación las llamadas «patrimonialización» o «incorporación» de las expresadas facultades, puesto que la primera expresión tiene en la Ley, como ha observado ARNAIZ EGUREN, un significado más económico que jurídico, y la última se utiliza, al menos, en dos acepciones distintas, una vulgar y otra técnica; mientras la primera tiene el sentido de poner en marcha el proceso urbanizador y edificador o, si se prefiere, cumplir el deber de edificación obligatoria, la segunda, en cambio, es sinónima de accesión. Y ésta no se paraliza porque el dueño del suelo deba cumplir previamente ciertos deberes positivos, sino que tiene un efecto postergado al momento en que estos deberes efectivamente se cumplan; se trata, pues, de un nuevo supuesto de sucesión retardada, semejante al contemplado por el artículo 361 del Código Civil. En definitiva, pese a la terminología del legislador, la interpretación propuesta respeta el contenido esencial de la propiedad privada del suelo y asegura la conformidad de la reforma de la Constitución.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVAREZ CAPEROCHIPI, «Algunas consideraciones sobre la propiedad como derecho a un aprovechamiento medio», en *RDP*, 1981, págs. 214 y sigs.
- ARNAIZ EGUREN, «Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990», en *RCDI*, 607 (1991), págs. 2157 y sigs.
- BERCOVITZ, R., *¿Qué es la propiedad privada?*, Barcelona, 1977.
- BOQUERA OLIVER, La limitación de la propiedad urbanística según la Constitución, en *RDU*, 118 (1990), págs. 53 y sigs.
- CARRASCO PERERA, *«Ius aedificandi» y accesión (la construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, Madrid, 1986.
- CHICO ORTIZ, «La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 602 (1991), págs. 149 y sigs.
- COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia-Madrid, 1988.
- DE LOS MOZOS, «Urbanismo y Derecho» (1972) y «Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas» (1980), ahora en *Estudios sobre el Derecho de bienes*, Madrid, 1991, págs. 519 y sigs., y 545 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», en *RDU*, 23 (1971), págs. 13 y sigs., y «Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad», en *Conferencias sobre la propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Madrid, 1973, págs. 245 y sigs.
- DONELLUS, *Opera omnia*, III, ed. Florencia, 1841.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo», en *ADC*, 1958, págs. 485 y sigs.

- GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho urbanístico*, 2.^a edición, Madrid, 1981.
- GIL CREMADES, «La Ley estatal 8/1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas para definir el Estatuto de la Propiedad Inmobiliaria», en *RDU*, 121 (1991), págs. 41 y sigs.
- GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo*, 2.^a edición, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ, T. R., *Manual de Derecho urbanístico*, 9.^a edición, Madrid, 1992.
- LASARTE ALVAREZ, C., «Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada», en *RGLJ*, 204 (1976), págs. 6 y sigs.
- LIBERTINI, «Sui “transferimenti di cubatura”», en *Contratto e impresa*, 1991, págs. 73 y sigs.
- LOBATO GÓMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, 1989.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988.
- MARTÍN BLANCO, *Estudios sobre la Ley 8/1990 de reforma del régimen urbanístico*, Madrid, 1991.
- MONTES PENADES, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, V-1, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 1980, y *Comentarios al Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- PERALES MADUEÑO, «El régimen urbanístico del suelo en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», en *RDU*, 121 (1991), págs. 13 y sigs.
- TORRES LANA, *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Pamplona, 1975.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil