

CONCEPCIÓN ESTATUTARIA Y PROPIEDAD INMOBILIARIA

O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada

JORGE AGUDO GONZÁLEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

I. PLANTEAMIENTO CRÍTICO ACERCA DE LA CONCEPCIÓN ESTATUTARIA DE LA PROPIEDAD: 1. *Teoría y realidad en la definición del contenido esencial del derecho a la propiedad*. 2. *Efectos de la «estatutarización» del derecho a la propiedad en el caso específico de la propiedad inmobiliaria*.—
II. PLANTEAMIENTO DE UNA TESIS ALTERNATIVA: EL CONTENIDO ACTUAL, POSITIVO Y RENTABLE DEL DERECHO A LA PROPIEDAD: 1. *El derecho constitucional a la propiedad posee un contenido esencial común pero variable en función del objeto de apropiación, que en todo caso integra facultades subjetivas que garanticen una rentabilidad real no meramente potencial*. 2. *Intento de concreción de la tesis planteada en relación con el derecho de propiedad inmobiliario*.—
III. CONCLUSIÓN: REPLANTEAMIENTO DEL URBANISMO ESPAÑOL CON BASE EN UNA NOCIÓN RENOVADA DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La ausencia de una interpretación sistemática del artículo 33 de la Constitución, en relación con el artículo 53.1 del texto constitucional, permite apreciar que la metodología que el Tribunal Constitucional utiliza para dar sustantividad al contenido esencial del derecho a la propiedad supone una auténtica relativización de ese contenido fundamentada en la función social de la propiedad, superando sin ninguna consecuencia las premisas formales sobre la reconocibilidad del derecho. Así pues, la jurisprudencia constitucional, a pesar de partir de una aparente equivalencia entre la vertiente subjetiva y objetiva del derecho a la propiedad privada, lo cierto es que finalmente entrega el peso fundamental del contenido esencial del derecho a la segunda vertiente: el contenido esencial del derecho cede ante la sucesiva conformación legislativa. En este trabajo se propone una reinterpretación del contenido esencial del derecho a la propiedad que, partiendo de una relación estructural flexible del contenido esencial y extraconstitucional del derecho, permita el reconocimiento de contenidos sustantivos comunes pero variables en función del objeto de apropiación, que en todo caso han de integrar facultades subjetivas que garanticen una rentabilidad real y no meramente potencial al titular del bien. Trasladada esta conclusión al derecho a la propiedad inmobiliaria, tiene una consecuencia fundamental: todo propietario de suelo goza de facultades urbanísticas que definen su derecho, pero no todo propietario ejercerá esas facultades del mismo modo.

Palabras clave: propiedad inmobiliaria; derechos fundamentales; contenido esencial; expropiación.

ABSTRACT

The methodology used for the Constitutional Court to determine the essential content of the property right is responsible for the relativization of that content based on the social function of property, overcoming the formal premises about the recognition of the right. This conclusion is due to the absence of a systematic interpretation of articles 33 and 53.1 both of the Spanish Constitution. Thus, the constitutional jurisprudence, although

maintains an apparent equivalence between the subjective aspects and the objective aspects of the property right, finally the Court delivers the fundamental weight of the substance of the right to the second aspect: the essential content of the right yields to the subsequent Laws. This article proposes a reinterpretation of the essential content of property right, considering a flexible structure and allowing the recognition of common contents but variable depending on the object of ownership. Notwithstanding, in all cases that content has to integrate subjective powers to ensure a real and actual profitability. Translating this conclusion to the immovable property, it has a fundamental consequence: every owner has an urban use of his property, but not every owner will exercise these powers in the same way.

Key words: immovable property; fundamental rights; essential content; expropriation.

I. PLANTEAMIENTO CRÍTICO ACERCA DE LA CONCEPCIÓN ESTATUTARIA DE LA PROPIEDAD

1. *Teoría y realidad en la definición del contenido esencial del derecho a la propiedad*

La «arquitectura» del urbanismo español desde 1956 hasta nuestros días se ha construido sobre las bases de la concepción estatutaria de la propiedad inmobiliaria¹. La «estatutarización» del régimen jurídico de la propiedad del suelo ha quedado vinculada dogmáticamente a la función social de la propiedad (art. 33.2 de la Constitución), que mediante la intermediación del legislador (y de todas las normas reglamentarias, incluidos los distintos planes) define el contenido de un derecho de propiedad tan diverso como lo son los objetos susceptibles de apropiación².

¹ La concepción estatutaria del derecho a la propiedad es asumida por la mayoría de la doctrina, respondiendo a las líneas generales que se sistematizarán más adelante. Algunos de los trabajos de referencia en esta dirección son los siguientes: E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1958), «La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 11, núm. 2; R. MARTÍN MATEO (1967), «El Estatuto de la propiedad inmobiliaria», núm. 52 de esta REVISTA; M. BASOLS COMA y R. GÓMEZ-FERRER MORANT (1976), *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, IEAL, Madrid; S. MUÑOZ MACHADO (1988), «El planeamiento urbanístico», en *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, Civitas, Madrid, págs. 1728 y ss.; J. BARNÉS VÁZQUEZ (1989), «La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza», núm. 119 de esta REVISTA, o J. BARNÉS VÁZQUEZ (1995), «El derecho a la propiedad en la Constitución española de 1978», en J. BARNÉS VÁZQUEZ (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Civitas, Madrid; L. PAREJO ALFONSO (1995), «La propiedad urbana», en J. BARNÉS VÁZQUEZ (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Civitas, Madrid; J. BARNÉS VÁZQUEZ (1988), *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid; y un largo etcétera al que habrá ocasión de referirse a lo largo de este trabajo.

² Como bien señala J. M. BAÑO LEÓN (2008), «El contenido esencial de la propiedad en el contexto del derecho europeo», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. II, pág. 1782, la jurisprudencia constitucional generaliza

La nueva legislación estatal de suelo 2007-2008 ha revalidado la concepción estatutaria de la propiedad del suelo y lo ha hecho de un modo particular. El acogimiento legal de la concepción estatutaria de la propiedad nunca había tenido acceso expreso («autocalificativo») a la parte dispositiva de las leyes dictadas en la materia hasta la aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. El artículo 7 de la Ley, actualmente el artículo 7 del Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLS de 2008), dispone que «*el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística*».

Una de las cuestiones dogmáticas y metodológicas respecto de las que la concepción estatutaria de la propiedad no ha dado una solución concluyente es la que tiene que ver con el contenido mismo del derecho. La confusión en torno a esta cuestión se ha empañado en muchas ocasiones con una perspectiva ideológica que ha infundido una imagen de normalidad en la omisión de una concepción aprehensible del contenido del derecho. De algún modo, se ha extendido la idea de que quienes no propugnan una propiedad mediatizada desde su contenido más íntimo por la función social, defienden una concepción conservadora del derecho más cercana a la noción del Código Civil que a la inspirada por la Constitución. A ello ha contribuido de forma especial la doctrina constitucional. De hecho, si algo resulta confuso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la caracterización subjetivo-sustancial que ha mantenido del derecho a la propiedad, sobre todo en relación con la garantía del respeto del contenido esencial del derecho fundamental que, en virtud del artículo 53.1 de la Constitución, es una garantía aplicable a todos los derechos fundamentales³.

la concepción estatutaria de la propiedad privada propia del ámbito urbanístico, al albur de las ideas predominantes en Europa acerca de la «funcionalización social» del derecho a la propiedad, es decir, el entendimiento de que la función social de la propiedad delimita el contenido mismo del derecho de propiedad.

Acerca de esta cuestión, aparte de la doctrina citada en la nota anterior y la utilizada en otras partes de este trabajo, pueden consultarse las siguientes fuentes: A. E. PÉREZ LUÑO (1983), «Comentario al art. 33 de la Constitución», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo III, Edersa, Madrid, págs. 381 y ss.; A. HERNÁNDEZ GIL (1989), «La propiedad privada y su función social en la Constitución», *Revista Poder Judicial*, núm. 14; J. F. DELGADO DE MIGUEL (1992), *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología*, Aranzadi, Pamplona; A. IBÁÑEZ MACÍAS (1995), «La función social de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 22; R. COLINA GAREA (1997), *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona; M. A. MUÑOZ GUILLOSA (2009), *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Thomson-Reuters, Cizur Menor.

³ También, lógicamente, al derecho a la propiedad. Por ejemplo, la STC 204/2004, de 18 de noviembre, afirma con rotundidad que «*al derecho a la propiedad privada le es aplicable la garantía del necesario respeto a su contenido esencial, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 CE*».

En la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha manejado una tesis tendencialmente relativizadora⁴ que en el caso del derecho a la propiedad se manifiesta de forma especialmente intensa. Podría decirse que el Tribunal asume una doctrina formalmente híbrida⁵, aunque con matices que dan preponderancia a las tesis relativas de la garantía del contenido esencial⁶. Sin embargo, en el caso del derecho a la propiedad, esa concepción se articula a través de una metodología no tanto mixta, como parecería apriorísticamente corresponder, sino gradualmente alternativa. Esta disyuntiva se acompaña de forma complementaria, y de nuevo empleando recursos comunes en la teoría general de los derechos fundamentales, con otra que atañe a la percepción subjetiva u objetiva del contenido esencial del derecho en correspondencia con la tendencial relativización de dicho contenido.

Desde sus primeras sentencias sobre el derecho a la propiedad, el Tribunal ha reconocido, partiendo de los moldes básicos de las tesis ab-

⁴ Una concepción que se apoya en la irremisible necesidad de injerencia del legislador en el desarrollo y limitación de los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados como forma de asegurar su operatividad [K. HESSE (2001), «Significado de los derechos fundamentales», en *Manual de Derecho Constitucional* (Eds. BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE), Marcial Pons, Madrid, págs. 108 y 109]. Sobre la cuestión, véase también P. HÄBERLE (2003), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, págs. 33 y ss., 40 y ss. o 219 y ss., o bien R. ALEXI (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 289 y ss. Entre la literatura española sobre el ordenamiento alemán, L. PAREJO ALFONSO (1978), «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el ordenamiento alemán», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 17, págs. 245 y ss. Esta concepción, por influencia del Derecho alemán, es igualmente acogida en el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sobre esta segunda cuestión, véase L. MICHAEL (2009), «¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, págs. 165 y ss.

No obstante, también en el Derecho alemán existe una interesante polémica doctrinal entre los seguidores de las teorías absolutas y relativas. Véase, por ejemplo, K. STERN (1988), «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, pág. 275, quien maneja una visión cercana a las teorías absolutas de la garantía constitucional del contenido esencial, esto es, como un límite absoluto que hay que determinar con independencia de las colisiones en el caso concreto; se trataría, por tanto de, un contenido resistente a las intervenciones y, por ello, no relativizable.

⁵ L. PRIETO SANCHÍS (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, pág. 142.

⁶ Esa orientación comienza a observarse ya en la STC 11/1981, de 8 de abril: «... constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decir así. Todo ellos referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales», añadiendo a continuación que se puede «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 ese modo se rebasa se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

solutas, que el contenido esencial de la propiedad supone el reconocimiento de las facultades o posibilidades de actuación necesarias que permiten que el derecho sea reconocible como tal en un momento histórico determinado. Con base en una interpretación sistemática del artículo 33 de la Constitución, podría decirse que esta vertiente del contenido esencial se correspondería con el reconocimiento del derecho subjetivo que proclama el apartado 1.º del artículo 33. Al mismo tiempo, el Tribunal ha asumido los elementos explicativos de las tesis relativas, considerando que el contenido esencial determina el contenido del derecho absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles resulten real, concreta y efectivamente protegidos; aquí, sin embargo, el énfasis se fija en la intervención del legislador fundada en la función social reconocida en el apartado 2.º del artículo 33 y vinculada fundamentalmente a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad⁷.

Como decíamos, a pesar de las apariencias, en relación con el derecho fundamental a la propiedad la aplicación de ambas vertientes del contenido esencial del derecho no responde a un método equilibrado, integrador o complementario, sino más bien alternativo. En relación con la primera parte de la definición sustancial y subjetiva del contenido esencial del derecho a la propiedad (acogiendo mimbres cercanos a la concepción absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales), el Tribunal Constitucional, a diferencia de otros derechos fundamentales, es cierto que no identifica un haz de facultades concreto que permita reconocer el derecho de propiedad como tal⁸, sino que aglutina dichas facultades en el genérico reconocimiento de una «utilidad individual» a favor del propietario. Ahora bien, al menos en relación con la propiedad inmobiliaria, parece razonable entender que el propio Tribunal empareja aquella «utilidad individual» con facultades mínimas que corresponden con la trilogía clásica (*ius utendi, ius fruendi* y *ius disponendi*⁹). Esto, obviamente, no constituye una

⁷ Ambas vertientes se observan con claridad en la STC 204/2004, de 18 de noviembre (FJ 5), que resume la doctrina constitucional en este aspecto aplicada al artículo 33 de la Constitución: 1.º) «Corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate...»; y 2.º) «... y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable». En el mismo sentido, las SSTC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 2); 170/1989, de 19 de octubre [FJ 8.b)]; 89/1994, de 17 de marzo (FJ 4), o el ATC 134/1995, de 9 de mayo.

⁸ Así, las SSTC 37/1987, 170/1989, 89/1994 y 204/2004 afirman que «la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como **un haz de facultades individuales** sobre las cosas».

⁹ En la STC 37/1987 (FJ 4) el Tribunal analiza si la legislación andaluza impugnada suponía una privación «de todo contenido útil al dominio», para lo cual tuvo que justificar si la

contradicción con lo que el propio Tribunal expresa acerca de la superación del concepto unitario de propiedad del Código Civil¹⁰, sino más bien la constatación obvia de que la utilización privada de un bien inmueble se concreta en facultades de uso o aprovechamiento, disfrute y disposición.

En realidad, esta identificación primaria es un recurso meramente formal, que permite al Tribunal fundamentar la reconocibilidad del derecho pero que, como vamos a poner de relieve a continuación, puede quedar vacía de un contenido practicable o ejercitable. Esto permite al mismo tiempo la superación inmediata de esa perspectiva formal-sustantiva con base en una concepción relativa del contenido esencial del derecho que es la que otorga plena autonomía conceptual a la Constitución¹¹. Esa autonomía conceptual gravita dogmáticamente sobre la función social de la propiedad y, por ello, en relación con la acción del legislador para «delimitar» el contenido del derecho.

Desde la vertiente subjetiva del derecho fundamental, cabe observar que el elemento formal en que se deduce la idea de «reconocibilidad» se muestra como absolutamente secundario y para nada determinante del verdadero contenido esencial derecho. No en vano, la limitación o la privación efectiva de alguna de las facultades mínimas en que cabe concretar la noción de «utilidad individual» con base en una interpretación razonable de la doctrina constitucional, no es óbice para que el Tribunal Constitucional mantenga la reconocibilidad de un derecho así disminuido¹².

privación de las facultades de uso y disfrute constituía o no una privación total del dominio. Por otro lado, la STC 170/1989 [FJ 8.b)] añade en relación con la facultad de disposición que el respeto del contenido esencial supone no sobrepasar «*las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico*».

¹⁰ De nuevo, la STC 37/1987 así lo pone de manifiesto cuando señala que «*debe rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su art. 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada*».

¹¹ Esa delimitación del derecho con base en la función social de la propiedad evidencia una superación del concepto de propiedad manejado en el Código Civil [A. MENÉNDEZ REXACH (1994), «La propiedad en la nueva Ley del Suelo», *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, pág. 64], en la medida en que la propiedad no sólo sirve para satisfacer necesidades particulares, sino también fines de interés general que modulan las facultades del propietario. En estos términos se puede hablar de una auténtica transformación dogmática del derecho a la propiedad, a través de la ya mencionada «funcionalización social» de la propiedad. Sobre esta cuestión hay una larguísima bibliografía; por todos, véase J. M. LOBATO GÓMEZ (1989), *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Montecorvo, Madrid, págs. 467 y ss., y 564 y ss.

¹² Así, por ejemplo, la STC 37/1987 afirma que «*debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible*

El recurso de la argumentación constitucional ante casos como el recién enunciado es dar un salto hacia adelante: el verdadero contenido esencial del derecho pasa de fundarse en el haz de facultades mínimas que definen la «utilidad individual» del propietario, al eventual mantenimiento de una situación jurídica que entrañe una utilidad económica rentable¹³. Así pues, rentabilidad y ejercicio de facultades no son un par conceptual complementario, puesto que la rentabilidad que define al derecho no tiene por qué estar vinculada al ejercicio de ninguna de las facultades básicas de uso, disfrute o aprovechamiento, aunque sí en última instancia a la facultad de disposición del bien o, incluso, a su privación coactiva. Posteriormente insistiremos sobre esta cuestión.

Como se deduce de las consideraciones precedentes, tanto para la relativización del contenido esencial del derecho como para la consecuente justificación de la limitación o privación de facultades supuestamente esenciales y mínimas, el Tribunal Constitucional necesariamente ha de asumir que la función social de la propiedad forma parte del contenido esencial de la misma¹⁴. Esta cuestión es sin duda la más trascendente, aunque en este momento lo importante es caer en la cuenta de que ese dato supone la máxima relativización de la garantía prevista en el artículo 53.1 de la Constitución y la superación de cualquier «residuo» de las tesis absolutas del contenido esencial de los derechos fundamentales. Es por este motivo que, más que hablar de una

el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito». Detrás de esta doctrina constitucional se encuentra una idea de «propiedad activa». Es decir, la función social de la propiedad exige que ésta se aplique en los fines económicos propios de cada tipo de propiedad. Por ello mismo, la «inactividad» de la propiedad es la que legitima la privación parcial de facultades de uso en el caso de tierras incultas, sin que ello suponga la privación total del dominio (STC 37/1987). Esa misma noción de «propiedad activa», sin embargo, sí permite justificar la traslación de la propiedad, en el caso de derrelicción del derecho sobre los saldos de cuentas corrientes, que determina la extinción del derecho de propiedad (STC 204/2004).

¹³ En este sentido, la STC 37/1987 (FJ 4) afirma: «Ciertamente no sería constitucional una expropiación que, afectando parcialmente a algunas de las facultades del propietario reconocidas por la Ley, privase en realidad de todo contenido útil al dominio sin una indemnización adecuada a esta privación total del derecho, **que puede, desde luego, medirse desde el punto de vista del aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserve tras la operación expropiatoria**».

¹⁴ En este sentido, la STC 37/1987 (FJ 2) señala que «**la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición, sino como parte integrante del derecho mismo**». En la misma dirección, por ejemplo, la STC 149/1991 (FJ 8.A): «**La función social de la propiedad con arreglo a la cual las Leyes han de delimitar el contenido propio de ésta, opera, en efecto, no sólo en abstracto, por así decir, para establecer el contenido de la institución constitucionalmente garantizada, sino también en concreto, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae**».

aplicación complementaria, parece más razonable hablar de una verdadera aplicación alternativa de las tesis absolutas y relativas. Insistimos, en cualquier caso, en que, desde esta perspectiva, ni las facultades mínimas que objetivamente definirían el derecho ni su reconocibilidad fundada en aquellas facultades son impedimento para admitir la privación de esas facultades, sin que ello tenga como resultado un derecho irreconocible, sino un derecho que, despojado de sus elementos definitorios, puede considerarse como tal si la apropiación del bien sigue siendo rentable¹⁵.

Para ser exactos, el verdadero y definitivo contenido esencial del derecho de propiedad desde el plano subjetivo no es necesariamente ningún haz de facultades, ni siquiera el ejercicio rentable de esas facultades, sino que en última instancia la utilidad individual del propietario sencillamente se concreta en la rentabilidad *in genere* de la apropiación¹⁶. Como la rentabilidad no lleva aparejada forzosamente una correspondencia con una serie de facultades mínimas activas, sucede que esa rentabilidad no necesariamente es una rentabilidad actual y materializable, es decir, una rentabilidad deducible del uso, disfrute o aprovechamiento del bien. Muy al contrario, en los casos más controvertidos de la jurisprudencia constitucional esa rentabilidad se manifiesta como una rentabilidad potencial, cuya verdadera materialización se traslada o bien a la facultad de disposición del propietario (mediante la disposición forzada por las gravosas limitaciones impuestas al ejercicio de las facultades del titular), o bien se identifica incluso con el equivalente económico inherente a la garantía expro-

¹⁵ La STC 37/1987 (FJ 4) afirma en este sentido: «**tampoco resulta aceptable el alegato relativo a la infracción del contenido esencial de la propiedad privada por la expropiación de las facultades de uso y disfrute (...). Que la privación de las facultades de uso y disfrute no supone por sí misma una ablación plena de la propiedad, lo demuestra simplemente el hecho de que tales facultades son domino volente perfectamente separables de la titularidad del propietario y enajenables a un tercero, sin que por ello pierda aquél su señorío sobre el bien**». Para luego añadir que «**este Tribunal no puede compartir la afirmación de que la expropiación del uso regulada en la Ley de Reforma Agraria viene a despojar al propietario de la totalidad del derecho, en el sentido material de pérdida de toda utilidad económica**».

¹⁶ En este sentido, quienes defienden la concepción estatutaria de la propiedad, como J. BARNÉS VÁZQUEZ (1995: 29, 43 ó 48), se refieren a la «frontera de la rentabilidad» del derecho. En sentido análogo, F. REY MARTÍNEZ (1994), *La propiedad privada en la Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 311 y ss., o J. CARRILLO DONAIRE (2003), *Las servidumbres administrativas*, Lex Nova, Valladolid, págs. 75 y ss.

En esta dirección, ya la STC 37/1987 (FJ 2) afirmaba que «**no hay razón para entender que infrinja dicho contenido esencial, ahora constitucionalmente garantizado, aquella regulación legal que, restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos, imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario**».

piatoria (privación total o parcial). En otras palabras, la rentabilidad que define al derecho, paradójicamente y en última instancia, supone la negación-desaparición misma del derecho, ya de forma voluntaria¹⁷, ya de forma coactiva mediante la expropiación del bien¹⁸.

¹⁷ O aún peor en casos como los previstos en la STC 89/1994 (FJ 5), donde la disposición del inmueble estaba además limitada por la prórroga del contrato de arrendamiento. La sentencia afirma en este sentido que «... **ni la prórroga forzosa, ni la severidad de los requisitos exigidos para que proceda la excepción a la prórroga por causa de necesidad, en los casos de los arts. 70 y 71 de la LAU ocasionan por sí mismas la pérdida de la utilidad económica de los arrendamientos concertados. La utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implica la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, por lo que una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el art. 33 de la Constitución.** Ahora bien, la determinación de la cuantía y actualización de la merced arrendaticia no es consecuencia de lo previsto en los artículos que se cuestionan, sino, fundamentalmente, de otros elementos del complejo normativo que regula los arrendamientos urbanos. No cabe olvidar que en los supuestos que han dado lugar a las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, los mecanismos de actualización de las correspondientes rentas arrendaticias son los instituidos por los arts. 95 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Serán las normas allí contenidas, en particular la efectiva aplicación, por parte del Gobierno, del mandato de actualización previsto en el art. 100, apartados 1 y 4, de la LAU las determinantes de la mayor o menor pérdida de la utilidad económica derivada del arrendamiento de inmuebles urbanos. Pero como ya se dijo en el fundamento jurídico 2.º, no son esas normas, ni su aplicación, los elementos a tener en cuenta en los procesos que han dado lugar a las cuestiones de inconstitucionalidad que ahora se examinan, ni se ha planteado en ningún momento su eventual inconstitucionalidad, quedando, por tanto, fuera del presente análisis. De lo expuesto resulta que **no es la prórroga forzosa “per se” el origen de una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado.** Naturalmente, si la prórroga fuera potestativa para el arrendador, la recuperación del inmueble para su propietario a la finalización del contrato podría entrañar eventualmente una mayor utilidad para aquél, en un mercado en que se incrementan los precios de los alquileres urbanos: en este sentido, los preceptos cuestionados pueden implicar una limitación del derecho de propiedad en cuanto a su utilidad económica. Pero ello **no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal, el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendaticia se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. Esa limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución. La historia de la regulación de los arrendamientos urbanos muestra efectivamente que la introducción de la prórroga forzosa, entre otras medidas, respondía a una finalidad tuitiva de intereses que se consideraban necesitados de una especial protección,** concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario; ello se verifica incluso en las mismas Exposiciones de Motivos de las Leyes reguladoras de este tipo de arrendamientos (así, en la de la Ley de Bases de 22 diciembre 1955). **En el contexto de la vigente Constitución, esa delimitación del derecho de propiedad encuentra una justificación en la proclamación del art. 47 del Texto fundamental, que recoge el derecho a disfrutar de una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias. Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el art. 39.1 de la Constitución. Responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir (con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado. Y debe señalarse que un**

Así pues, el contenido mínimo y esencial de la propiedad, entendido en los términos del artículo 53.1 de la Constitución, lejos de garantizar en todo caso una vertiente subjetiva e individual materializable, practicable y funcional (compuesta por facultades ejercitables), estaría integrada por una rentabilidad variable, dependiente de los términos en que se plasme en cada caso la función social de la propiedad y, en última instancia, reconducible al apartado 3.º del artículo 33¹⁹. Así pues, a diferencia de lo que sucede con otros derechos fundamentales, la propiedad representaría un caso especial, pues no toda intervención que afectase al contenido esencial del derecho resultaría ser inconstitucional. Sólo lo sería si esa actuación no tuviera en cuenta las exigencias del artículo 33.3 de la Constitución. Por ello mismo se entiende, consecuentemente, la amplia concepción material de expropiación asumida por la jurisprudencia constitucional²⁰, pues sólo de este modo cabe justificar la pervivencia de un dominio reducido en sus facultades básicas sin que quepa hablar de una auténtica privación del dominio²¹.

razonamiento similar puede llevarse a cabo respecto del arrendamiento de locales de negocio, en cuanto que la prórroga forzosa representa un favorecimiento, por el legislador, del mantenimiento de empresas o actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de apoyo a la producción y al empleo, respaldadas por los mandatos de los arts. 35, 38 y 40 de la Constitución».

¹⁸ Este punto de vista se deduce ya de la STC 111/1983, de 2 de diciembre (FJ 8), en la que el Tribunal señala que el derecho a la propiedad es un derecho «debilitado», puesto que «cede para convertirse en un equivalente económico». La STC 37/1987 (FJ 4) especifica este planteamiento señalando que la rentabilidad del propietario se concreta en las rentas recibidas por el arrendamiento forzoso: «... **el arrendamiento o convenio forzoso genera una contraprestación económica en favor del propietario conforme a unos valores expropiatorios establecidos no en la Ley de Reforma Agraria, sino en la legislación estatal**».

¹⁹ Dándose en estos casos una paradoja: contenido esencial y garantía expropiatoria coincidirían y son intercambiables. Una crítica similar en J. M. BAÑO LEÓN (2008: 1782 ó 1785 y 1786).

²⁰ Como decimos, la limitación del contenido esencial se compensa con una ampliación del concepto de expropiación. Así planteada la cuestión, la expropiación no sólo integraría la «privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o de interés social» [STC 204/2004 (FJ 5)], sino también cualquier privación del contenido esencial del derecho.

²¹ A favor de este planteamiento: V. MONTÉS PENADES (1980), *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, pág. 165; J. BARNÉS VÁZQUEZ (1995: 46); R. COLINA GAREA (1997: 390 y ss.); J. A. CARRILLO DONAIRE (2003: 68 y ss.); R. GALÁN VIOQUE (2001), *La responsabilidad del Estado legislador*, CEDEC, Barcelona, págs. 138 y ss.; A. LÓPEZ Y LÓPEZ (1988): *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, pág. 169.

En el Derecho alemán, sin embargo, la utilización de una concepción formal de expropiación facilita de forma muy importante la distinción entre expropiación y delimitación legal que afecta al contenido esencial del derecho. Es más, en Alemania nada tiene que ver el contenido esencial del derecho con la distinción entre expropiación y delimitación del derecho de propiedad. En este sentido, tanto las expropiaciones legislativas como las leyes que habilitan a la Administración a llevar a cabo una expropiación deben regular la forma y extensión de la indemnización para dar cumplimiento al artículo 14.3 de la Constitución Federal. El desconocimiento de este requisito supone la vulneración del mandato constitucional y,

Ese paulatino proceso de vaciamiento subjetivo-sustancial tiene su inmediata justificación y sustitución en la segunda vertiente del contenido esencial del derecho que mantiene el Tribunal Constitucional: la vertiente objetiva o institucional, identificada en la función social de la propiedad²², la cual otorga pleno protagonismo al legislador en la configuración específica y definitiva del derecho. La relativización del contenido esencial que se opera mediante esta integración tiene una consecuencia inmediata y lógica: la diversidad o multiplicidad de estatutos jurídicos en función, lógicamente, también del objeto apropiable²³. Así pues, el contenido esencial del derecho

consecuentemente, la invalidez de la ley. Ante este tipo de intervenciones, no cabe hablar de un eventual derecho a indemnización, sino que lo que corresponde es poner en marcha la defensa del derecho de propiedad a través de la garantía de existencia (*Bestandsgarantie*) del artículo 14.1.1 de la *Grundgesetz*. Por tanto, una ley delimitadora con efectos materialmente expropiatorios podrá ser atacada mediante la *Verfassungsbeschwerde*, sin perjuicio de la impugnación en vía contencioso-administrativa de los actos dictados en ejecución de la ley.

Así pues, aunque la jurisprudencia civil desarrolló la doctrina de las «intervenciones equivalentes a la expropiación» (*enteignungsgleichen Eingriffs*), cuya finalidad era precisamente legitimar el derecho a una compensación en casos como los comentados, con base en el artículo 14 de la Constitución alemana, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo no ha considerado sin embargo esta posibilidad. La sentencia *Nassauskiesungsbeschluss*, de 15 de julio de 1981 (*BVerfGE 58, 300 y ss.*), se pronunció en esta dirección, señalando que no existe la posibilidad de elegir (*Wahlmöglichkeit*) la respuesta por parte del afectado ante una intervención del tipo comentando. Por esta razón, optar entre el rechazo de la intervención y la consecuente reivindicación de la efectividad del derecho (*grundrechtlicher Eingriffsabwehr*), o bien aceptar esa intervención acompañada de la reclamación por la afectación sufrida (*entschädigungsrechtlich kompensierter Eingriffsuldung*), no puede ser una decisión que corresponda al afectado, en la medida en que la activación de la faceta defensiva del derecho de propiedad es una exigencia derivada de la vulneración del ordenamiento constitucional por la ley en cuestión.

²² La STC 37/1987 (FJ 8) afirma que «el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege **tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir**».

²³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1958: 503). J. BARNÉS VÁZQUEZ (1989: 277 a 279) explica perfectamente esta idea: «De la disciplina constitucional de la propiedad puede inferirse la existencia de un denominador común que brota o emana del contenido esencial. La función social, en tanto que forma parte del mismo —es su espíritu interno— es predicable de la propiedad “institución” —es decir, de la propiedad como categoría constitucional abstracta y genérica—, al tiempo que ha de ser reconocible en toda forma de exteriorización del dominio. Asimismo, la utilidad o función social es la que otorga vitalidad a la informe estructura propietaria: impone y justifica la diversificación de disciplinas dominicales. El numerador —estatutos legales— podrá ser diversísimo, pero siempre sobre un común denominador constitucional en el que se inserta la propia función social. De este modo, así caracterizada, y sin perjuicio de las múltiples modulaciones admisibles a manos del legislador, constituye un ingrediente de la noción unitaria de la propiedad constitucional».

La STC 37/1987 confirma esta tesis. El resultado es que la transformación experimental por el derecho a la propiedad impide concebirlo como una figura jurídica reconducible al tipo abstracto del artículo 348 del Código Civil, en la medida en que se ha producido «una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos». Esto significa que hay «diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho recae».

se diluye en la vertiente objetiva o institucional del derecho y, por ello, en sede legal.

El derecho constitucional a la propiedad, en consecuencia, apenas tendría virtualidad conformadora de facultades positivas a favor del propietario *ex constitutione* más allá, en última instancia, de una exigua rentabilidad potencial. Esto, lógicamente, no quiere decir que la labor del legislador horadando el haz de facultades esenciales que definen *a priori* el derecho sea ilimitada. Como es bien sabido, los límites a la labor legislativa son variables, pero la doctrina constitucional identifica varios, tales como el principio de proporcionalidad, el carácter general o singular de las limitaciones, la consolidación previa de facultades... Ahora bien, no se puede dejar de señalar que estos límites, desde la revisión abstracta que lleva a cabo el Tribunal Constitucional de las Leyes, son muy eficaces para superar positivamente un control de constitucionalidad, pero al mismo tiempo se muestran ineficaces para reconocer la privación de la propiedad en el caso concreto²⁴. La evidencia de que la ley constitucional puede, sin embargo, legitimar privaciones singulares en el caso concreto, exige *a posteriori* la articulación de mecanismos alternativos para salvaguardar las garantías patrimoniales de los propietarios, siendo probablemente el mejor ejemplo el reconocimiento en vía contencioso-administrativa de la responsabilidad patrimonial del legislador a que dio lugar la STC 28/1997, de 13 de febrero.

Las conclusiones que este análisis pone de relieve confirman algunas de las premisas puestas de manifiesto al comienzo de nuestras reflexiones. La ausencia de una interpretación sistemática del artículo 33 de la Constitución, en relación con el artículo 53.1, permite apreciar cómo la metodología que el Tribunal Constitucional utiliza para dar contenido esencial al derecho a la propiedad es progresivamente alternativa. La confusión de dos límites constitucionalmente distintos (arts. 33.3 y 53.1)²⁵ conlleva la relativización del contenido del derecho fun-

²⁴ La idea que se quiere trasladar aquí tiene una directa relación con la opinión de J. M. BAÑO LEÓN (2008: 1782 ó 1784), cuando afirma que «el criterio de la utilidad o rentabilidad económica del bien difícilmente sirve como valladar frente al legislador cuando se trata de un análisis abstracto de inconstitucionalidad. Es prácticamente imposible determinar en un juicio *a priori* y en abstracto si una determinada regulación de la propiedad impide al propietario una utilidad económica al bien». Más tarde afirma que «la perspectiva de un recurso abstracto de inconstitucionalidad o de una cuestión de inconstitucionalidad es mucho más pobre porque sólo permite el contraste entre la norma y la Constitución, pero no autoriza, en absoluto, la recreación de la norma constitucional a través del análisis de los hechos del caso en concreto», al que considera sí podría articularse adecuadamente si el derecho de propiedad hubiera tenido acceso al recurso de amparo.

²⁵ No parece preciso afirmar que este planteamiento implica no respetar reglas clásicas de la hermenéutica constitucional como la regla de la no redundancia o del efecto útil (en virtud de la cual se ha de preferir la interpretación que no suponga una reiteración normativa),

damentada en su función social, superando sin consecuencias las premisas sustantivo-formales sobre su reconocibilidad. Así pues, la jurisprudencia constitucional, a pesar de partir de una aparente equivalencia entre la vertiente subjetiva y objetiva del derecho a la propiedad privada, lo cierto es que finalmente entrega el peso fundamental del contenido esencial del derecho a la segunda vertiente²⁶: el contenido esencial del derecho cede ante la sucesiva conformación legislativa con el límite determinante del artículo 33.3.

2. *Efectos de la «estatutarización» del derecho a la propiedad en el caso específico de la propiedad inmobiliaria*

El acogimiento legal del dogma de la «estatutarización» del derecho a la propiedad inmobiliaria se remonta a mucho antes de la Constitución. Ya la Ley de Suelo de 1956 asumió una perspectiva similar a la que años después acogería la jurisprudencia constitucional²⁷. En cualquier caso, desde 1956 nunca había sido preciso que un precepto legal estableciera (o, mejor, que definiera) expresamente esa concepción de la propiedad en la parte dispositiva de una ley. Sin embargo, como ya hemos señalado, con la aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, esta práctica ha sido dejada a un lado y actualmente el artículo 7 del TRLS de 2008 dispone expresamente lo siguiente:

«1. *El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.*

2. *La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho a la propiedad del suelo. La patri-*

o bien la regla de la realización óptima de la norma (según la cual la interpretación correcta es aquella que, en función de las condiciones concretas de una situación específica, lleve a cabo de forma adecuada el sentido de una determinada norma).

²⁶ J. M. BAÑO LEÓN (2008: 1781).

²⁷ La Exposición de Motivos de la Ley de Suelo de 1956 afirmaba que «la Ley configura las facultades dominicales sobre los terrenos, según su calificación 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 dan lugar a indemnización*». La misma Exposición de Motivos añade que «*el régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tienen la propiedad, resulta el cometido más delicado y difícil que ha de afrontar la ordenación urbanística. Y se impone, sin embargo, efectuarlo, precisamente porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad*».

monialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

La consecuencia adicional e inmediata de esta previsión legal se acoge en el artículo 3.1 del TRLS de 2008: «La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho a la propiedad del suelo conforme al destino de éste. *Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización*, salvo en los casos expresamente establecidos en las Leyes».

Ambos preceptos integran en buena medida los elementos básicos conformadores de la doctrina estatutaria de la propiedad inmobiliaria. Si el urbanismo es una función pública y la dirección pública de la actividad urbanística se plasma en el planeamiento urbanístico, la consecuencia inmediata parece evidente: el derecho a la propiedad inmobiliaria queda condicionado y limitado en los términos en que sea ejercida aquella competencia administrativa en virtud de la función social de propiedad. Esto significa adicionalmente que el propietario no goza de ninguna facultad urbanística más allá de las que le reconocen las decisiones urbanísticas plasmadas en los distintos planes²⁸.

La determinación y delimitación de las facultades de los propietarios, de conformidad con su función social, se concreta adicionalmente y en cada caso por la normativa sectorial, empezando por el legislador competente (recordemos incluso en la delimitación del contenido esencial²⁹), para llegar a las múltiples normas reglamentarias. Por lo que aquí nos interesa, la ordenación legal y reglamentaria, y de forma fundamental el planeamiento territorial y urbanístico, definen primariamente el régimen jurídico de los propietarios del suelo, estableciendo (y condicionando) sus facultades y deberes. A ello habría que añadir tan-

²⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1958: 488, 494, 501 ó 503).

²⁹ En este sentido, no es casual que el legislador de suelo estatal describa con exactitud el contenido mínimo esencial del derecho de propiedad inmobiliaria, como así sucede en el artículo 8.1 del TRLS de 2008, el cual establece que «*el derecho a la propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien. Comprende asimismo la facultad de disposición*, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 17».

tas otras obligaciones que sean impuestas a los propietarios en virtud de cualquier normativa sectorial en materia medioambiental, cultural, social, etc., aplicable en cada supuesto. En otras palabras, el estatuto de la propiedad inmobiliaria puede ser tan variable como cada nueva norma con incidencia territorial sea dictada³⁰.

En materia urbanística los diferentes estatutos de la propiedad se han vinculado a una decisión previa, cual es la clasificación del suelo³¹, que predetermina todo el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria³². Según la clasificación del suelo, la ordenación urbanística establece los diferentes derechos y deberes de los propietarios, los cuales no son más que la concreción particularizada de la función social de la propiedad según cada tipo de suelo. Por este mismo motivo, el estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria no integra un derecho a edificar (el *ius aedificandi*), pues ésta es una facultad artificial que sólo otorgan los planes urbanísticos según la clasificación conferida³³. Por esta razón, se puede hablar de una disociación entre el derecho a la propiedad y las facultades propiamente urbanísticas sólo imputables a las decisiones públicas urbanísticas³⁴.

³⁰ J. BARNÉS VÁZQUEZ (1995: 34) afirma en este sentido que «la propiedad a la que se refiere el art. 33, en cambio, *está integrado o se define por todas las normas del ordenamiento jurídico*, sean de carácter privado o jurídico-público».

³¹ Esta idea se pone de manifiesto en clave retrospectiva por L. PAREJO ALFONSO (1996), «Apuntes para una interpretación del sistema legal urbanístico español en clave histórica», *Revista Ciudad y Territorio*, núms. 107-108, págs. 160 a 163, o bien por F. PERALES MADUENO (1996), «La primera reforma de la Ley del suelo: 1956-1975», *Revista Ciudad y Territorio*, núms. 107-108, págs. 109 y ss. y 121 y ss.

³² Ahora que la Ley de Suelo de 2007, y lógicamente el vigente TRLS de 2008, han evitado la utilización de una técnica urbanística tradicional avalada por las SSTC 61/1997 y 164/2001 como es la clasificación del suelo, es interesante observar que también bajo el «nuevo» prisma de la categoría de «situaciones básicas» prevista en la Ley se reafirme con nuevos bríos, y en términos similares, el mismo concepto estatutario de la propiedad que ya se deducía con base en la legislación de 1956.

³³ J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pág. 99 y ss., explica muy bien cómo la conjunción de la discrecionalidad del planificador para clasificar suelo urbanizable y la concepción estatutaria de la propiedad tiene como resultado la eliminación de los intereses de la propiedad afectada en lo que se refiere a una eventual libertad edificatoria; excluidos esos intereses, ello conlleva la innecesidad de ponderar los intereses eliminados con los intereses públicos, pues no se puede ponderar aquello que no existe.

³⁴ La STC 61/1997, a pesar de afirmar que «*lejos de ser algo ajeno al derecho, es evidente que la regulación del ius aedificandi representa el eje mismo de esta manifestación del dominio*», o bien que el *ius aedificandi* es «*una de las facultades básicas que integran la propiedad del suelo*», o bien que ese mismo derecho a edificar es «*una de las facultades básicas o elementales*», afirma igualmente que «**el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho a la propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales, como, por ejemplo y entre otras, la que disocia la propiedad del suelo del derecho a edificar, modelo éste que ha venido siendo tradicional en nuestro urbanismo**».

L. PAREJO ALFONSO (1995: 223), repasando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concluye afirmando que ésta asume «*una disociación entre el derecho a la propiedad y las decisiones sobre el suelo* en virtud, justamente, de la condición de función pública de toda la actividad

Los diferentes estatutos de la propiedad inmobiliaria ponen de relieve la desigualdad intrínseca a la ordenación urbanística. Precisamente porque los terrenos no parten, ni en su estado actual ni según su destino (datos que se utilizan tradicionalmente para justificar la clasificación del suelo), de situaciones similares, las limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad, según su naturaleza urbana, no dan lugar a indemnización alguna³⁵, salvo los supuestos tradicionales de vinculaciones y limitaciones singulares. En consecuencia, la «lotería de planeamiento», al tiempo que reconoce importantes plusvalías a los propietarios de suelo urbanizable³⁶, no obstante imponerles igualmente gravosos deberes, deja indemnes a los propietarios de suelo no urbanizable.

urbanística, con la consecuencia de la naturaleza estatutaria de la propiedad y la esencial libertad, en ejercicio de la potestad de planeamiento, para la variación de su estatuto». El desarrollo de esta tesis ha permitido fundamentar no sólo la disociación entre el derecho a la propiedad inmobiliaria y el derecho a edificar, sino también la conceptualización de una «propiedad desagregada», diferenciando el derecho a la propiedad del derecho a urbanizar y a edificar [J. GARCÍA BELLIDO (1993), «La liberalización efectiva del mercado del suelo. Esquema del derecho a la propiedad inmobiliaria en una sociedad avanzada», *Revista Ciudad y Territorio*, núms. 95 y 96, págs. 185 y ss.]

³⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1958: 501) afirma, en relación con la transformación del régimen urbanístico operado por la Ley de 1956, que la Ley priva «a la propiedad privada de todas las expectativas urbanísticas y considera éstas como derivadas directamente del plan público», añadiendo que «la ordenación urbanística, aun en el caso extremo de que implique para determinados terrenos una prohibición absoluta de construir, no da derecho a los propietarios de los terrenos afectados a una indemnización, porque no existe privación positiva de expectativas». T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1991), *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor, Madrid, pág. 113, por su parte, afirma que «la Ley parte de una situación basada en la realidad estricta, en la mera naturaleza, y que considera esa realidad natural como el único contenido inicial de la propiedad. De ese único contenido inicial que la naturaleza misma pone, la LS no quita nada y, como no quita, tampoco reconoce indemnización alguna, ya que la función de ésta es compensar justamente lo que se arrebata».

³⁶ La Ley regula el régimen jurídico del suelo sustrayendo a la decisión del propietario los términos en que puede ser utilizada su propiedad. Esto mismo implica que las facultades del derecho a la propiedad se deben ejercer dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley y en los planes urbanísticos con arreglo a la clasificación urbanística de los predios. En definitiva, el concepto estatutario de la propiedad parte de un contenido del derecho a la propiedad circunscrito a las posibilidades de utilización del inmueble al margen de su incorporación al proceso de urbanización, de modo que su transformación urbanística es un añadido (plusvalías) que no depende de la voluntad del propietario, sino de la decisión de los poderes públicos competentes, reflejada en el correspondiente instrumento de ordenación. Esto ya se deducía de la Exposición de Motivos de la Ley de Suelo de 1956 cuando afirmaba lo siguiente: «El beneficio que puede obtenerse de transformar el terreno rústico en solar es perfectamente lícito, siempre que sea el propietario quien haya costeado la urbanización determinante de aquella mejora y subsiguiente incremento de valor: Pero, en cambio, la caprichosa elevación del precio cuando todavía no se ha urbanizado ni desembolsado por los propietarios el coste de las obras correspondientes, implica la usurpación de algo no perteneciente al dueño y que repercute en perjuicio de la comunidad». Esto mismo se reiteraba en la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, de 25 de junio, de reforma del suelo: «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».

II. PLANTEAMIENTO DE UNA TESIS ALTERNATIVA: EL CONTENIDO ACTUAL, POSITIVO Y RENTABLE DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

1. *El derecho constitucional a la propiedad posee un contenido esencial común pero variable en función del objeto de apropiación, que en todo caso integra facultades subjetivas que garanticen una rentabilidad real no meramente potencial*

Una interpretación sistemática de los tres apartados del artículo 33 de la Constitución, en relación con el artículo 53.1 del texto constitucional, no sólo podría contribuir a determinar los límites del contenido esencial del derecho a la propiedad (art. 33.1 en relación con el art. 53.1), sino también a establecer criterios para fijar la frontera entre limitación del contenido del derecho (art. 33.2) y la expropiación (art. 33.3)³⁷. Una interpretación tal reequilibraría asimismo el contenido del derecho otorgando sustancialidad al apartado 1.º del artículo 33, sin desconocer al mismo tiempo el fundamental avance dogmático que supone el reconocimiento de la función social de la propiedad³⁸.

La ausencia de este planteamiento permite entender que la flexibilidad metodológica de la concepción estatutaria de la propiedad haya servido para explicar todas y cada una de las sucesivas Leyes de Suelo desde 1956 hasta nuestros días. No obstante los cambios habidos a lo largo de los años (algunos de ellos trascendentales), los flexibles moldes de la concepción estatutaria de la propiedad han servido para explicar todos ellos. Dicho de otra manera, todo lo que en el mundo jurídico afecta a la propiedad inmobiliaria es reconducible a los parámetros básicos anteriormente comentados. Esa adaptabilidad,

³⁷ En esta dirección, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2008), «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», núm. 177 de esta REVISTA, pág. 159.

³⁸ En los últimos años, autores como J. M. BAÑO LEÓN (2008: 1781) han propuesto precisamente «la necesidad de una revalorización constitucional del derecho de propiedad en su dimensión individual a la luz del Derecho comunitario y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos». Por su parte, los defensores de la doctrina estatutaria de la propiedad se han encargado de ratificar esta necesidad. Destacamos en este sentido la opinión de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1996), «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», núm. 141 de esta REVISTA, pág. 134, quien, tras mostrarse de acuerdo con la doctrina constitucional de la STC 37/1987, afirma lo siguiente: «En términos generales, nada tenemos que objetar a estos conceptos en sí mismos, salvo quizás su tendencia implícita a intentar desvalorizar lo que el derecho a la propiedad como derecho fundamental es en su misma esencia, una titularidad subjetiva plena y no una concesión, como han tendido a verlo ciertas posiciones socialistas genuinas, presentes en nuestro Derecho, por cierto, durante toda la época franquista, como contrapeso teórico de sus contenidos autocráticos más visibles. A resultados de ello, España es quizás el país occidental en el que el Legislador y la Administración exhiben una falta de respeto más marcada con la propiedad».

aparte de la confusión que genera para un lector objetivo, produce cierta desconfianza dogmática³⁹.

Las insuficiencias que la concepción estatutaria de la propiedad manifiesta exigen desplegar aquel análisis sistemático del artículo 33 en relación con el artículo 53.1 de la Constitución. Objetivamente, desde la perspectiva de la garantía del contenido esencial del derecho fundamental a la propiedad, podría decirse que al menos son tres las cuestiones que deberían ser analizadas: 1.^a) en qué medida la integración de la función social en el seno del contenido esencial del derecho es coherente con una interpretación de los artículos 33.1 y 53.1 de la Constitución; 2.^a) en qué medida una eventual exclusión de la función social del contenido esencial del derecho no constituiría un impedimento a la variabilidad ínsita al derecho a la propiedad en función de los múltiples objetos apropiables, que supusiese una reedición del concepto unitario del Código Civil; y 3.^a) en qué medida cabría relacionar la utilidad privada rentable que define la vertiente subjetiva del derecho con facultades que permitieran su mutación potencial en real, evitando un vaciamiento subjetivo del contenido esencial del derecho y una definición negativa del mismo que, en última instancia, se legitima y reconduce al artículo 33.3.

El análisis propuesto *primero* debe enfrentarse a la mayor contradicción de la que parte la concepción estatutaria de la propiedad: la paradoja que supone inferir desde la Constitución un contenido mínimo como contenido esencial de un derecho fundamental cuando, al mismo tiempo, esa misma función es reenviada al legislador, configurando así aquel contenido del derecho *cuasi ad infinitum* y legitimando que el legislador pueda eliminar facultades mínimas o básicas de uso y disfrute, siempre y cuando el propietario mantenga una teórica rentabilidad que permita entender que la acción legislativa no ha sido desproporcionada o contraria al artículo 33.3.

³⁹ A. GALLEGU ANABITARTE (2006), «Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales», *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 225, pág. 138, se pregunta sobre el significado de la concepción estatutaria de la propiedad, señalando que «no significa nada, tan sólo que la propiedad urbanística está definida por la Ley y el Reglamento. La llamada concepción estatutaria no es más que la concepción legalista y reglamentaria de la propiedad urbanística». El autor añade, a la vista del tenor del artículo 7 del ahora TRLS de 2008, que con ello «el derecho fundamental a la propiedad recogido en el art. 33, desaparece en esta concepción». En la misma línea, véase también A. GALLEGU ANABITARTE (1993), «Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones, expropiaciones y venta forzosa», *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 134, y A. GALLEGU ANABITARTE (2002), «*Ius aedificandi* y propiedad del suelo: Real Decreto-Ley 4/2000. STC 1764/2001 y Leyes regionales posteriores», *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 193. Por otro lado, esta doctrina supone una desvalorización del derecho fundamental como tal, configurando un derecho con contenido dual, esto es, con un contenido jurídico subjetivo y con un contenido institucional o jurídico objetivo [A. GALLEGU ANABITARTE (1994), *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, págs. 83 y ss.].

Desde esta perspectiva, la función social de la propiedad no sólo conforma el contenido esencial del derecho, sino que además sirve para justificar limitaciones externas al propio contenido esencial del derecho, constituidas por cargas, obligaciones y gravámenes múltiples, fundamentados en distintos intereses y valores constitucionales, determinantes de cada uno de los estatutos jurídicos de la propiedad. Así pues, o bien la función social goza de una doble y hasta triple naturaleza (la conformación y delimitación misma del derecho en el seno de su contenido esencial y su reconducción formal a la garantía expropiatoria, al mismo tiempo que su limitación externa), o bien una única naturaleza transversal que trascendería del contenido esencial para delimitar el derecho más allá de sus límites y trascender al artículo 33.3 de la Constitución⁴⁰.

La aplicación del artículo 53.1 de la Constitución también al derecho a la propiedad exige entender, sin embargo, que el contenido mínimo y esencial de la propiedad no puede ser delimitado y limitado simultáneamente por remisión al legislador con base en una misma y única fundamentación jurídico-dogmática (la función social). Una interpretación sistemática de los artículos analizados exige entender, sin embargo, que *en ningún caso la función social forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad*⁴¹. En definitiva, cuando el artículo 33.2 de la Constitución establece que la función social «delimitará» el contenido del derecho a la propiedad «de acuerdo con las Leyes», quiere decir que la función social delimita el derecho pero no desde su contenido esencial, sino a partir de él. Aquí, por tanto, coincidiría milimétricamente la delimitación del derecho a la que alude el precepto constitucional con la remisión al legislador que hace el mismo artículo⁴².

⁴⁰ Esa naturaleza transversal parece ponerse de manifiesto en las SSTC 37/1987 (FJ 2) y 149/1991 [FJ 8.A)].

⁴¹ Como señala J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2008: 177), «la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial. El contenido esencial (art. 53.1 CE) es cabalmente el límite que no puede traspasar el legislador invocando exigencias de la función social».

⁴² Esta conclusión tendría una consecuencia adicional. A diferencia de lo que sucede con otros derechos de configuración legal, el reconocimiento que el artículo 33.2 de la Constitución hace de la función social de la propiedad implica y explica una especial legitimación al legislador, y también a la potestad reglamentaria, para «delimitar» el derecho de propiedad. Aquí la coherencia reclama la flexibilización de la reserva de ley que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido. Así se expresa la STC 37/1987 (FJ 3): «*Resulta, sin embargo, evidente que el art. 33.2 de la propia Constitución flexibiliza la reserva de Ley en lo que concierne en la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por Ley, pero también por la Administración de acuerdo con las Leyes cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla*». Para justificar esa relativización de la reserva de ley, el Tribunal considera que la remisión al reglamento es «*inexcusable*» cuando «*como en el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para*

Más allá del contenido esencial, la labor de «delimitación» del derecho a la propiedad (por utilizar los términos del art. 33.2) implica una tarea de concreción de las facultades y deberes de los propietarios, donde las facultades esenciales del derecho constitucional podrán ser moduladas en virtud de la función social de la propiedad y con base en el principio de proporcionalidad. *La relación estructural del contenido esencial y del contenido extraconstitucional del derecho no responde, por tanto, a la idea figurada de rígidos círculos concéntricos, sino a una relación impeditiva pero flexible entre el contenido esencial constitucional y el contenido legal del derecho.* Limitativa o impeditiva, porque efectivamente el contenido esencial es un verdadero límite frente a las injerencias del legislador; y flexible, porque los límites derivados de la garantía del contenido esencial podrán matizarse en función de la distinta ponderación nacida de la evolución de las necesidades sociales y del momento histórico, como forma de asegurar la propia operatividad del derecho.

En *segundo* lugar, la interpretación sistemática de los preceptos constitucionales analizados debe aclarar en qué medida la exclusión de la función de la propiedad del contenido esencial del derecho no supondría una reedición del concepto unitario del Código Civil. La duda en torno a esta cuestión tiene directa relación con la evidente diversificación del derecho en función del objeto de apropiación. Fuera de la alternativa entre el reconocimiento de múltiples contenidos modulados por el legislador y el de un único contenido esencial unitario que no responda adecuadamente a la diversidad de objetos apropiables, una interpretación coherente del artículo 33.1.º en relación con el artículo 53.1 de la Constitución permite reconocer que *el derecho a la propiedad goza de un contenido mínimo y común pero variable ex constitutione, del mismo modo que variables son los objetos susceptibles de apropiación*⁴³.

los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse». Regulación legal que será cuantitativamente mayor (fundamentalmente con la intermediación de los distintos instrumentos de planeamiento) y, por ello, cualitativamente más intensa (derivado de una acumulación de normativa sectorial con incidencia directa o indirecta en el régimen jurídico del suelo), siempre con los límites impuestos por el principio de proporcionalidad.

⁴³ Es necesario aclarar que la doctrina constitucional incurre también en alguna paradoja vinculada con esta misma idea. Desde este punto de vista, no se ha explicado suficientemente cómo es posible reconocer un contenido esencial unitario, si bien abstracto, genérico, formal y provisional, que se identifica en un «haz de facultades» que hacen teóricamente reconocible al derecho constitucional, al tiempo que el verdadero contenido esencial se cede a la función social del derecho y a su concreción legal, dando lugar a múltiples estatutos *extra constitutione* para cada tipo de propiedad, que en todo caso, eso sí, deben salvaguardar una utilidad privada rentable. Metodológicamente, *no se entiende por qué el derecho a la propiedad debe ser variable en su objeto y contenido sólo a nivel legal, y teóricamente unitario (y de*

Esta tesis supone anticipar al momento de la definición misma del contenido esencial del derecho un dato objetivo que la jurisprudencia constitucional ha utilizado fundamentalmente para confirmar la existencia de distintos estatutos de la propiedad a nivel legal: la multiplicidad de objetos genéricos susceptibles de apropiación⁴⁴. Esta consideración anticipada de la variabilidad de los objetos apropiables no supone la introducción de ningún elemento que deba ser considerado *a posteriori*. Es decir, el derecho a la propiedad y, por tanto, la relación que el propietario entabla con el objeto apropiable es una cuestión puramente objetiva que define la situación jurídica del propietario, cualquiera que sea el objeto apropiable, y que no puede quedar relegada en su consideración a un momento ulterior (a nivel legal o reglamentario). Dicho de otro modo, *la definición misma del derecho está condicionada por el hecho mismo de la apropiación del bien*⁴⁵, por lo que su conside-

forma insistimos provisional) a nivel constitucional, trayendo a colación en este punto la comparación entre el artículo 33 de la Constitución y el artículo 348 del Código Civil.

Representativo de esta explicación es J. BARNÉS VÁZQUEZ (1989: 279), quien afirma que «de este modo, así caracterizada [se refiere a la función social de la propiedad], y *sin perjuicio de las múltiples modulaciones admisibles a manos del legislador, constituye un ingrediente de la noción unitaria de la propiedad constitucional*. El contenido esencial, que condensa el régimen unitario del “instituto” propiedad, permite hablar, al mismo tiempo, de “*la*” propiedad, en tanto que denominador común del que participan todas las expresiones de este derecho. De aquí que, en este sentido, se pueda pensar en un contenido “apriorístico” —constitucional— del dominio, que compromete al legislador en su desarrollo. Obviamente *no podríamos compartir la opinión de quienes identificasen la comprensión unitaria de la propiedad con la que descansa en el Código civil (...)*. En suma, pues, *la noción unitaria se aloja, justamente, en las garantías constitucionales del dominio, de las que se desprende una suerte de común denominador que es el único que legitima para seguir hablando de “la” propiedad*».

⁴⁴ Recordemos que en este sentido la STC 37/1987 confirma que la Constitución ha producido «una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos», lo que significa que existen «*diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho recae*». O, como la STC 204/2004 (FJ 5) puso de relieve, que «*el derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer en la actualidad, y por lo que aquí interesa, como se infiere de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 3 del art. 33 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos, en este caso los del titular de la cuenta corriente sobre su saldo*».

Por otro lado, debemos recordar también que la STC 227/1988 (FJ 7) puso de relieve que «*la Constitución no garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes*. Antes bien, el art. 132.2, al tiempo que excluye directamente la titularidad privada de algunos géneros de bienes, permite al legislador declarar la demanialidad de otros». La lógica del artículo 132.2 de la Constitución lleva de forma directa a la conclusión formulada por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, no obstante esta conclusión, lo que el artículo 33 reconoce es la apropiabilidad abstracta de todo tipo de bien o derecho, sin perjuicio de que en algunos casos puedan existir intereses prevalentes que justifiquen su exclusión del tráfico privado. Es más, aun en esos casos, la demanialización de bloques homogéneos de bienes naturales no excluye, *per se*, el mantenimiento de una relación de apropiación privada sobre bienes naturales similares a los afectados al dominio público. Si no, recuérdense las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas.

⁴⁵ Este planteamiento, por otro lado, se muestra compatible con la reiterada superación de una concepción del derecho constitucional reconducible al tipo descrito en el artículo 348 del Código Civil, en la medida en que asume como elemento prioritario la diversificación

ración ha de ser previa a la intermediación del legislador en virtud de la función social de la propiedad.

Ahora bien, aunque no cabe definir el contenido esencial del derecho de propiedad abstrayéndose del objeto apropiable, lo cierto es que a nivel constitucional sólo cabe atender a tipos genéricos de objetos susceptibles de apropiación, porque en otro caso se incurriría de nuevo en el error de pretender deducir desde la Constitución un contenido esencial *ad infinitum* para cualquier variante tipológica de los objetos apropiables asemejable al que la concepción estatutaria mantiene: *de la Constitución cabe deducir un contenido esencial común y variable en función de una tipología genérica de bienes apropiables*⁴⁶. El régimen distintivo para cada subtipo es una cuestión que se remite al legislador a los efectos de concretar en cada caso la función social de la propiedad.

La tercera cuestión que como mínimo una interpretación sistemática debe tratar de dar respuesta es la que se refiere a la relación existente entre la utilidad privada rentable que define el contenido esencial del derecho y su desvinculación actual de facultades que permitan materializar dicha rentabilidad. Si el derecho fundamental a la propie-

constitucional de la propiedad. Ahora bien, y sin ánimo de reeditar una asunción del artículo 348 del Código Civil que no se correspondería con esta última apreciación, no podemos dejar de tener en cuenta que dicho precepto define la propiedad como «el derecho de gozar y disponer *de una cosa*». Al concepto de «cosa» no sólo se refiere el Código Civil, sino también el propio Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, la STC 37/1987 afirma que *«la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas...»*.

A este mismo concepto se refiere el artículo 333 del Código Civil para aludir a todas aquellas que *«son o pueden ser objeto de apropiación»*, añadiendo que en todo caso «se considerarán como bienes muebles o inmuebles». El concepto de «cosa» del Código Civil es, por otra parte, considerablemente amplio, a pesar de lo que pudiera pensarse; sólo hace falta echar un vistazo a los artículos 334 a 337.

Es el dato de la apropiabilidad de la «cosa» (bien inmueble o mueble) el que delimita la relación jurídico-subjetiva. Así se deduce de una interpretación lógica de los artículos 432 y 437 del Código Civil, que evidencia que la tenencia de un bien en concepto de dueño y, por tanto, perteneciendo el dominio a esa persona sólo puede referirse a cosas susceptibles de apropiación. Por otro lado, el momento de la apropiación (por ocupación, donación, sucesión o *traditio*) define el modo de adquisición de la propiedad, de forma que no cabe entender el nacimiento del derecho sobre la «cosa» sin su apropiación. Ahora bien, cómo se goce, utilice, aproveche o disponga esa «cosa» (por utilizar la trilogía tradicional), más allá de la definición del contenido esencial del derecho, es ya una cuestión condicionada por la función social de la propiedad.

⁴⁶ Un esfuerzo dogmático y metodológico de gran valor en esta dirección es el realizado por H. SANTAELLA QUINTERO (2010), «El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia. Análisis fundamentado en el estudio de la garantía constitucional de la propiedad privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español», Universidad Autónoma de Madrid (tesis doctoral). El autor parte de un contenido esencial único, omnicompreensivo y abstracto que cifra en la utilidad privada y el aprovechamiento rentable. No obstante, ese contenido se concreta hasta en tres manifestaciones específicas en función del tipo de propiedad. Por lo que en este trabajo nos interesa, la propiedad inmobiliaria encajaría en la que el autor denomina «propiedad común», cuyo contenido esencial se concreta en el tradicional uso, disfrute y disposición.

dad privada tiene como fin último asegurar una configuración jurídico-subjetiva en el ámbito patrimonial particular, parece razonable entender que a esa situación jurídico-subjetiva le debe corresponder necesariamente una garantía de aprovechamiento.

Como acabamos de señalar, el contenido esencial del derecho a la propiedad privada es un contenido común pero variable que acoge las facultades mínimas del propietario en función del objeto genérico de apropiación. Pues bien, ese contenido esencial *es común porque en todo caso ha de suponer el reconocimiento actual de facultades cuyo ejercicio se deduzca en una rentabilidad real* (garantía de aprovechamiento), no dependiente de la ablación del objeto apropiable ni de la disposición del bien; al mismo tiempo, el contenido esencial *es variable, porque las facultades en que se concrete la materialización de aquella rentabilidad actual necesariamente dependerán de cada tipo genérico de objetos susceptibles de apropiación*. Así pues, toda norma que reduzca desproporcionadamente las facultades que conforman ese contenido esencial en virtud del apartado 1.º del artículo 33 (en el marco de flexibilidad estructural antes señalado que conforma el derecho) debe ser calificada como inconstitucional, y por tanto nula⁴⁷. En conclusión, un análisis sistemático como el propuesto permite igualmente marcar la línea divisoria entre privación y limitación general del derecho a la propiedad privada, estableciendo criterios de validez constitucional.

⁴⁷ En este sentido, O. MIR PUIGPELAT (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, págs. 110 y 111, quien afirma que «la norma que vulnere el contenido esencial no dará lugar a indemnización, sino que será inconstitucional. El contenido esencial, en definitiva, sirve de parámetro de constitucionalidad de las Leyes, no de criterio de expropiación». En la misma línea, J. M. BAÑO LEÓN (2008: 1785 y 1786) y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2008: 184).

Desde esta perspectiva, también se deducen consecuencias con base en el Derecho comunitario. Por un lado, el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone, en el marco del reconocimiento general del derecho de propiedad, que «el uso de los bienes podrá regularse por Ley en la medida en que resulte necesario para el interés general». Asimismo, el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea especifica que «dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». Por otra parte, aunque el Derecho comunitario no prejuzga cuestiones de propiedad, como así establece el artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo cierto es que uno de los cimientos sobre los que se asienta el orden comunitario es la propiedad privada [S. VAN ERP (2006), *European and National Property: Osmosis or Growing Antagonism?*, Sixth Walter Van Gerven Lecture, Leuven Centre for Common Law of Europe, Ius Commune Research School, *in toto*]; es más, «las libertades comunitarias implican una ampliación del contenido garantizado del derecho de propiedad y de la libertad de empresa», de modo que en la medida en que el TJUE «aplique estrictamente el principio de proporcionalidad a las regulaciones estatales que inciden sobre las libertades comunitarias, está paralelamente ampliando el contenido del derecho de propiedad, y, en definitiva, la iniciativa económica privada» (J. M. BAÑO LEÓN, 2008: 1787 y ss.).

2. *Intento de concreción de la tesis planteada en relación con el derecho de propiedad inmobiliario*

El suelo es uno de los bienes susceptibles de apropiación que modulan, con base directa en el artículo 33 de la Constitución, el contenido esencial del derecho de propiedad. Antes, no obstante, de pronunciarnos acerca de cuál pudiera ser el contenido mínimo constitucional del derecho a la propiedad inmobiliaria, parece razonable analizar si la propia diversidad de las características del suelo debería igualmente ser considerada al momento de definir el contenido esencial del derecho. En otras palabras, la cuestión que ahora se plantea es si cabría deducir directamente del artículo 33 de la Constitución distintos contenidos esenciales en función de las circunstancias fácticas del suelo⁴⁸. Sin embargo, este planteamiento no es correcto. Como ya hemos señalado, la variabilidad del contenido esencial predicable directamente del artículo 33 de la Constitución sólo atiende a la consideración abstracta y, por tanto, genérica de los distintos objetos apropiables. Por este motivo, la consideración en el régimen jurídico del suelo de esas circunstancias fácticas sólo puede imputarse a la función social y a otros bienes e intereses constitucionales. Ciertamente, aunque varios preceptos constitucionales identifican bienes susceptibles de apropiación a los que se les imputan fines constitucionales (arts. 40.1, 45.2, 46 ó 47), su trascendencia en el contexto del artículo 33 de la Constitución sólo se produce una vez definido el contenido esencial de la propiedad en cualquiera de sus variantes, imponiendo límites externos al derecho fundamental⁴⁹.

⁴⁸ En concreto, desde esta perspectiva cabría distinguir al menos dos situaciones primarias. En primer lugar, los bienes naturales apropiables con valores ecológicos y paisajísticos, y, segundo, otros terrenos susceptibles de apropiación que cumplirían funciones socioeconómicas, incluidas las puramente urbanísticas. Frente a dos realidades fácticas tan distintas (suelos cuyos valores objetivos reclaman su protección, conservación y mejora, y suelos que pueden ser objeto de transformación o bien que ya están transformados), cabría plantearse hasta qué punto es razonable pensar que el contenido esencial del derecho sea igual en ambos casos.

⁴⁹ Para explicar el carácter no absoluto de los derechos fundamentales, la doctrina suele afirmar que todos los derechos tienen límites establecidos o constituidos expresamente por la Constitución (límites directos o intrínsecos, en la terminología empleada por la doctrina mayoritaria) y límites que actúan indirectamente por intermediación de la ley o límites inmanentes (según la terminología alemana importada a nuestro ordenamiento), ya sea, en el caso de estos últimos, por remisión expresa de la Constitución al legislador o con base en el artículo 53.1 CE, como reserva general de limitación y justificados en otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos. Véanse sobre esta cuestión dos trabajos ya clásicos: I. DE OTTO Y PARDO (1988), *Derechos fundamentales y Constitución*, en coautoría con L. MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, Madrid, págs. 95 y ss., y L. AGUIAR DE LUQUE (1993), «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, págs. 9 y ss. Dos apreciaciones deben hacerse a este respecto.

Partiendo de esta premisa, la pregunta que a continuación debemos formular es qué facultades habrían de conformar el contenido esencial del derecho a la propiedad inmobiliaria. Como hemos señalado anteriormente, esas facultades básicas y mínimas necesariamente han de dotar al derecho de una utilidad privada o aprovechamiento que valore económicamente de forma actual y real la tenencia del bien. En contra de esta tesis, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria mantienen que el contenido esencial del derecho a la propiedad inmobiliaria no incluiría ninguna facultad de uso o aprovechamiento que pudiera conllevar una acción rentable que suponga la «transformación» del estado natural del inmueble. En fin, la esencia del derecho garantizaría un hipotético goce natural del bien que no implicaría su «artificialización» (sino sólo la mera contemplación y disfrute, así como una utilidad privada «no transformadora», aunque sí productiva).

Este planteamiento genera evidentes problemas en el caso de terrenos sujetos a un régimen de especial protección. En estos casos, aplicando estrictamente la tesis mayoritaria, no es infrecuente que la

Acerca de la adopción de la terminología «límites inmanentes», se ha de advertir que se ha realizado sin consideración a que la doctrina de los límites inmanentes no tiene parangón en nuestro Derecho. Esta doctrina fue construida en Alemania para legitimar restricciones legislativas en los derechos fundamentales que carecían de una expresa reserva de limitación. De esta forma, mientras que los derechos fundamentales que contenían dicha reserva podían verse limitados por la ley, conforme al artículo 19 de la Ley Fundamental, por cualquier bien o derecho constitucional o no, aquellos otros derechos que no incluían tal reserva únicamente podían ser limitados con base en derechos o bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos. Obviamente, esta posición no es mantenible desde la generalidad con que el artículo 53.1 CE acoge la reserva de ley para todos los derechos fundamentales.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a las reservas específicas de limitación, éstas no son más que una especificación del artículo 53.1 en cuanto a la determinación de límites se refiere. Las reservas específicas cumplen la función de imponer al legislador la obligación (o la posibilidad, dependiendo de la formulación de la reserva) de limitar un derecho fundamental con otro derecho o bien jurídico constitucional; es decir, cumplen la misión de seleccionar un derecho o bien jurídico concreto de entre todos los que podrían haber sido empleados a los efectos de la limitación del derecho con base en el artículo 53.1. Complementariamente a esta labor, las reservas específicas también sirven de guía orientativa al legislador en su función de limitación del derecho fundamental en cuestión, ya sea para imponerle esta función limitativa o para guiarle en dicha labor, ya para recordar al legislador dicha posibilidad.

Pues bien, esa dualidad en la calificación de los límites de los derechos fundamentales es incorrecta. La distinción entre límites intrínsecos e inmanentes parte de la consideración de que los primeros sirven a la delimitación del derecho y, por ello, intervienen desde el interior del propio derecho, es decir, contribuyen a la propia definición del derecho. Consiguientemente, los límites inmanentes se caracterizarían porque actúan desde el exterior, esta vez sí, limitando el contenido de los derechos. No obstante, esta afirmación es errónea, en la medida en que todo límite interviene desde el exterior del derecho construyendo el ámbito de actuación del mismo, es decir, el límite presume algo previamente delimitado sobre lo que actuar y, consiguientemente, restringir. En definitiva, si todo límite, por definición, actúa de modo similar, sería más correcto hablar únicamente de una sola categoría de límites constitucionales de los derechos fundamentales [F. VELASCO CABALLERO (1995), «Límites inmanentes de los derechos fundamentales y reserva de Ley», en coautoría con M. BACIGALUPO SAGESSE, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, págs. 125-127].

propiedad se torne manifiestamente antieconómica, máxime si tenemos en cuenta que esos propietarios soportan el coste de la *prestación de servicios ambientales que favorecen y benefician a toda la sociedad*⁵⁰. Asimismo, la limitación general del *ius aedificandi* y la «congelación» de todas las facultades urbanísticas, unidas a un aplazamiento indefinido de dicha situación, por no hablar de otras muchas limitaciones, prohibiciones y condicionamientos de carácter sectorial, difícilmente puede permitir afirmar que todo ello no supere en muchos casos la frontera de la rentabilidad inherente a la titularidad del derecho. En esas circunstancias, el contenido esencial del derecho se vacía de tal modo que el equilibrio entre las restricciones y los límites impuestos por el legislador y la Administración, por un lado, y las facultades «rentables» del propietario, de otra parte, se suele decantar claramente y de forma

⁵⁰ La noción de servicios ambientales supone la consideración del suelo no transformado como recurso natural que forma parte de los ecosistemas y ofrece servicios a la sociedad tanto de abastecimiento (alimentos, materias primas, recursos genéticos, etc.) como de regulación (de la composición de gases atmosféricos, del ciclo hidrológico, de la erosión, etc.), del mismo modo que servicios paisajísticos y culturales. En esta dirección, como señala la Comunicación de la Comisión Europea «Detener la pérdida de Biodiversidad para 2010 y más adelante. Respalda los servicios de los ecosistemas para el bienestar humano» [COM (2006) 216 final], «los Estados miembros tienen a este respecto una responsabilidad especial para reconciliar las necesidades de explotación y ordenación, mediante una planificación más adecuada, con la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de servicios de los ecosistemas».

Nuestro ordenamiento ya ha reconocido expresamente la noción de servicios ambientales, y lo ha hecho ensanchando de forma muy importante su adscripción territorial: 1.º) Por un lado, se mantiene una relación lógica entre espacios naturales protegidos y prestación de servicios ambientales. Así, el artículo 2.a) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, establece entre los principios que inspiran la Ley «el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales básicos, respaldando los servicios de los ecosistemas para el bienestar humano». Asimismo, el artículo 73 de la Ley, relativo a los incentivos a las externalidades positivas en el ámbito de los espacios protegidos, establece que las CC.AA. deberán incentivar «las externalidades positivas de terrenos que se hallen ubicados en espacios declarados protegidos o en los cuales existan acuerdos de custodia del territorio debidamente formalizados» (regulados en el art. 72), para lo cual tendrán en cuenta «los servicios prestados por los ecosistemas». 2.º) Por otra parte, el vastísimo concepto de «monte» que acoge la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, está vinculado también a la prestación de ese tipo de servicios. Así, el artículo 4 de la Ley 43/2003 establece que «los montes, independientemente de su titularidad, *desempeñan una función social relevante, tanto como fuente de recursos naturales como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales*, entre ellos, de protección del suelo y del ciclo hidrológico; de fijación del carbono atmosférico; de depósito de la diversidad biológica y como elementos fundamentales del paisaje». 3.º) El Convenio Europeo del Paisaje confirma esa visión amplificadora con base en una definición de «paisaje» que poco tiene que ver con la noción tradicional que se ha empleado en nuestro ordenamiento, vinculada a la protección de espacios y lugares emblemáticos, así como de bellezas naturales. El paisaje es concebido por el Convenio como el territorio percibido por la sociedad, expresión de la evolución natural y de la influencia humana, síntesis de las nociones tradicionales de paisaje natural y de paisaje cultural, ampliado sobre la matriz envolvente que es el territorio [en este sentido, véase Rafael MATA OLMO y Alexandre TARROJA COSCUELA (Coords.) (2006), *El paisaje y la gestión del territorio. Criterios paisajísticos en la ordenación del territorio y el urbanismo*, Diputación de Barcelona y CUIMPB, Barcelona. Así concebido, el paisaje también prestaría servicios que más exactamente podríamos calificar como paisajísticos y culturales

desproporcionada a favor de la primera parte de la proposición. En otras palabras, el impacto sobre las facultades del propietario es tan gravoso que podemos hablar de una auténtica expropiación⁵¹ o, quizás mejor, de una expropiación expectante.

En estos términos, el derecho a la propiedad está más cerca de una situación de «no propiedad» que de la titularidad en pleno dominio de un bien. Así quizás se pueda entender que en estos casos el propietario pueda «anhelar la expropiación» de su derecho, pues sólo la privación del bien podría otorgarle una cierta rentabilidad, aquella que paradójicamente definiría el contenido esencial del derecho⁵². En definitiva, la situación jurídica generada sería equivalente a una privación expectante sólo solventable, desde la perspectiva de la rentabilidad económica, ya con la disposición voluntaria del bien (algo que se antoja difícil, máxime si hablamos de suelos fuera del mercado inmobiliario, precisamente por ser suelo no urbanizable sin ninguna expectativa urbanística y, por tanto, sin compradores potenciales), ya con la transmisión condicionada por derechos de adquisición preferente (que modulan las transmisiones de terrenos en muchas leyes sectoriales, pero que en todo caso quedaría igualmente condicionada por la premisa

⁵¹ Sin embargo, ni siquiera en supuestos como estos el Tribunal Constitucional ha dudado en mantener la constitucionalidad del régimen limitativo de la propiedad, ya en relación con la protección del patrimonio histórico-artístico (STC 17/1991), ya con los inmuebles sometidos a prórroga forzosa y congelación de rentas en los arrendamientos urbanos (STC 89/1994). Sobre esta materia es especialmente relevante el Voto Particular a la última sentencia citada del Magistrado RODRÍGUEZ BEREJIO, con la adhesión de los Magistrados CRUZ VILLALÓN y GABALDÓN LÓPEZ: «*si al constreñir el derecho a la propiedad lo hace de tal manera y con tal intensidad que, el contenido esencial del derecho, reducido en último término a la utilidad individual o a su conversión en un equivalente económico, quede amputado y la propiedad inmobiliaria de bienes urbanos se transforme en una peculiar institución jurídica cuya reconocibilidad como propiedad privada, según los rasgos de la institución perfilados por el Derecho Civil, resulte imposible. Y la respuesta, en el presente caso, ha de ser afirmativa, lo que lleva necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado. Y ello es así no, claro está, porque en sí mismo y aisladamente considerado, la limitación que constituye el derecho de prórroga forzosa del contrato de arrendamiento del art. 57 LAU vacíe de contenido el derecho a la propiedad que lo haga irreconocible como tal. Y lo mismo cabría decir de otras restricciones de las facultades dominicales como el derecho de subrogación (AATC 671/1985 y 540/1987 y STC 222/1992) o la imposición de deberes positivos al propietario (STC 301/1993). Es precisamente el carácter trabado del régimen jurídico de los arrendamientos urbanos, que forma un todo único, un continuum, y esa consecuencia, cierre de todo el sistema, que es la no actualización de la renta arrendaticia (con el efecto consiguiente de desvalorización debido a la inflación de los precios) lo que determina, en numerosos casos, el vaciamiento total del derecho a la propiedad, incluso de ese núcleo mínimo que es su utilidad económica individual, y lo hace por ello constitucionalmente inaceptable. Y sin que los Jueces que han de aplicar el Derecho puedan, por sí mismos, reparar la integridad del derecho a la propiedad lesionado. Se vulnera, así, el art. 33 de la Constitución por cuanto se priva de su derecho al titular sin que el Legislador haya establecido ningún género de compensación económica que restablezca, a modo de conversión en un equivalente económico (art. 33.3 CE y STC 37/1987, fundamento jurídico 2.º), la integridad del contenido esencial de la propiedad».*

⁵² En la misma línea, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2008: 179).

anterior), ya con la actualización de aquella privación expectante a la que nos referíamos anteriormente, mediante el pago del correspondiente justiprecio.

En última instancia, y paradójicamente, el contenido esencial del derecho no se define con ningún contenido sustantivo, sino que se conduce potencialmente al apartado 3.º del artículo 33 de la Constitución. Y ello, con un agravante, la potencialidad expropiatoria del régimen jurídico del suelo quedaría aplazada *sine die* hasta que se materializase en un procedimiento específico de privación coactiva de la propiedad, en defecto de una transmisión voluntaria del dominio. Dicho de otra manera, en estos supuestos el contenido del derecho da lugar a una tendencial negación-desaparición de la propiedad mediante la transmisión voluntaria o imperativa del bien.

Frente a este planteamiento, como ya hemos insistido, una interpretación sistemática de los artículos 33 y 53.1 de la Constitución exigiría entender que el derecho a la propiedad inmobiliaria ha de integrar facultades de aprovechamiento que valoricen económicamente de forma actual y real la tenencia del bien. Sólo así la reconocibilidad del derecho es real y efectiva. Entre esas facultades de aprovechamiento del propietario de suelo *a priori* parece evidente que *deberán incluirse en todo caso las propias de un aprovechamiento productivo acorde con la naturaleza del suelo* (agrario, cinegético, silvícola...). ¿Qué sucede entonces en aquellos terrenos en los que incluso esas actividades pueden estar condicionadas o incluso prohibidas? Más allá de las limitaciones derivadas de la aplicación del principio de proporcionalidad, es evidente que una prohibición total de actividades productivas atentaría contra la garantía del contenido esencial del derecho a la propiedad.

Más problemas plantea un eventual reconocimiento de facultades esenciales de aprovechamiento transformador o de «artificialización» del suelo. De forma general, se puede decir que no existe ningún inconveniente constitucional para reconocer *a priori* que el propietario de suelo puede gozar de facultades que le legitiman para transformar su propiedad. En el marco del derecho a la propiedad inmobiliaria, esta cuestión nos sitúa preferentemente en la discusión ya clásica acerca de si el contenido esencial del derecho incluye o no el *ius aedificandi*. Pues bien, desde la perspectiva planteada, *no se puede decir que de la Constitución se derive un derecho a edificar en sentido estricto, sino que en puridad esas facultades de aprovechamiento transformador se concretan en el reconocimiento general de facultades de aprovechamiento urbanístico*. Esas facultades que integran el contenido esencial del derecho no se identifican necesariamente con el aprovechamiento regu-

lado por las Leyes de Suelo en cuanto técnica equidistributiva⁵³. La diversidad de manifestaciones y la distinta materialización de las facultades de aprovechamiento urbanístico que forman parte del contenido esencial del derecho permiten superar la confusión con el concepto legal.

El concepto constitucional de aprovechamiento urbanístico es un concepto amplio, un contenido jurídico-subjetivo que integra manifestaciones tan diversas como el clásico *ius aedificandi*, pero también acoge el aprovechamiento urbanístico en sentido estricto al que aluden todas las leyes urbanísticas. La concreta atribución de una u otra expresión de esa facultad de aprovechamiento es una cuestión puramente legal. Es decir, en coherencia con el carácter genérico de los bienes a los que se refieren esas facultades, la atribución *ex constitutione* de facultades urbanísticas mínimas no puede bajar a un grado de detalle que no se corresponde con el carácter genérico del objeto considerado, sino con una concepción específica y legal de la propiedad. Dicho de otra manera, la atribución de facultades esenciales, en la medida en que no considera clases de suelo, sino solamente el recurso suelo *in genere* como objeto de apropiación, no puede pretender concretarse ni por referencia a un tipo de suelo ni por referencia a una forma específica de expresión (la clásica cuestión del *ius aedificandi*).

Partiendo de esta base, lógicamente ese aprovechamiento también es imputable de forma genérica al suelo no urbanizable. No existen razones estrictamente constitucionales que así lo impidan; más tarde insistiremos sobre ello. Todo lo contrario, *si cabe deducir del artículo 33.1 de la Constitución que el contenido esencial del derecho a la propiedad integra facultades urbanísticas de aprovechamiento, necesariamente ese reconocimiento debe ser común y por ello general, de modo que ha de conformar las facultades de todo propietario de bienes que formen parte del bloque genérico al que pertenecen.*

Para mantener esta conclusión no es preciso, por tanto, acudir a criterios extraconstitucionales que en muchos casos se muestran engañosos. Así pues, por un lado, se podría decir que esa atribución de facultades edificatorias está en la naturaleza de las cosas⁵⁴, de ahí que la

⁵³ Al respecto, véanse J. TEJEDOR BIELSA (1998), *Propiedad, equidistribución y urbanismo*, Aranzadi, Pamplona; L. JIMÉNEZ LINARES (1997), *El derecho al aprovechamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona; L. M. LÓPEZ FERNÁNDEZ (1995), *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Montecorvo, Madrid.

⁵⁴ Por ejemplo, cabría decir que declaraciones como la prevista en el artículo 7.2 del TRLS de 2008, cuando dispone que el régimen estatutario de la propiedad no integra edificabilidad alguna salvo la reconocida por el planeamiento, dejarían de tener sentido si no fuera correcto entender que el *ius aedificandi* es inseparable del derecho a la propiedad, pues la prohibición inherente a esa declaración sólo es entendible en la medida en que pretende impedir una acción característica y definitoria de todo propietario como es edificar. En este sentido, A. GALLEGO ANABITARTE (2006: 141) afirma rotundamente que «no hay ninguna relación

edificación haya estado siempre, también en el suelo rústico, sujeta a la obtención de una previa licencia que se limitaría a remover los obstáculos jurídicos existentes para que el propietario ejerza su derecho⁵⁵. Asimismo, también cabría alegar que ello explicaría que ni una sola ley urbanística haya dejado de reconocer facultades edificatorias a favor de los propietarios de suelo no urbanizable⁵⁶. Sin embargo, partir de estos argumentos legales viciaría la interpretación constitucional, incurriendo en una interpretación de la Constitución a través de la ley que enturbiaría el verdadero alcance de las determinaciones constitucionales. De hecho, desde aquel punto de vista, ninguno de los argumentos indicados permitiría explicar cómo, siendo parte del contenido esencial del derecho, cabría justificar la eliminación total del *ius aedificandi* en los terrenos de suelo no urbanizable especialmente protegidos.

Directamente de la Constitución, sin embargo, sí es posible deducir que todo propietario de suelo es titular de facultades de contenido urbanístico que no se identifican necesariamente con el *ius aedificandi*, pues esas facultades gozan de una diferente manifestación y concreción. Por un lado, la «*practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho*» a la que alude el Tribunal Constitucional para delimitar el contenido esencial de los derechos fundamentales, exige que todo propietario goce **a priori** de facultades urbanísticas que doten de rentabilidad al derecho, pero no que todo propietario pueda ejercer esas facultades del mismo modo. Como también reitera la jurisprudencia constitucional, no es legítimo que el legislador pueda imponer «*limitaciones y deberes que se impongan al propietario (...) más allá de lo razonable*», lo que implica que, dentro de los márgenes del principio de proporcionalidad y de la flexibilidad estructural y sustancial del derecho, podrá haber propietarios que al momento de la concreción del régimen jurídico del suelo por el le-

lógica entre la disociación del derecho a la propiedad del suelo y la edificación». Desde posiciones dispares, también en contra de esa visión desagregada que vacía de contenido al derecho a la propiedad inmobiliaria: R. PARADA VÁZQUEZ (1988), *Derecho Administrativo. Bienes públicos y urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, págs. 277 y ss.; R. SANTOS DÍEZ y J. CASTELAO RODRÍGUEZ (2002), *Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos*, El Consultor, Madrid, págs. 313 a 320; J. M. LOBATO GÓMEZ (1989: 480 y 592 y ss.).

⁵⁵ En este sentido, sentencias ya clásicas como las SSTS de 21 de febrero de 1981 (Az. 1147) o de 5 de mayo de 1981 (Az. 2023).

⁵⁶ Ciertamente, es curioso que la disociación del *ius aedificandi* del contenido esencial del derecho constitucional haya sido proclamada tanto bajo la vigencia de una Ley como la de 1956, cuyo artículo 69.1.2.º facultaba a edificar en suelo rústico un máximo de un metro cúbico por cada cinco metros cuadrados de superficie, como en las sucesivas Leyes de Suelo, en las que ha desaparecido ese mínimo legal, pero se sigue reconociendo la posibilidad de construir (con limitaciones, obviamente) ciertos usos en esa misma clase de suelo, en muchos casos con edificabilidades mayores a las que estableció la Ley de 1956. Precisamente, y de forma paradójica, ese mínimo legal sirvió a parte de la doctrina para afirmar que la Ley de 1956 no acogía esa disociación del *ius aedificandi*, núcleo fundamental de la concepción estatutaria de la propiedad.

gislador (y por el planificador) no puedan materializar aquel contenido mediante el ejercicio del *ius aedificandi* en el sentido clásico de dicha facultad⁵⁷, debido a las especiales características naturales o de otro tipo que definan su propiedad. Sin embargo, tanto en esos casos como en los tradicionales del suelo urbanizable, aquel contenido esencial de naturaleza urbanística podrá concretarse, por ejemplo, en magnitudes de aprovechamiento cuya cuantificación y materialización, lógicamente, deberá articular la legislación urbanística.

⁵⁷ Dentro de esta expresión cabría incluir dos conceptos que la nueva legislación del suelo distingue: «construcción» y «edificación». La nueva legislación estatal de suelo reserva el segundo concepto a las edificaciones vinculadas a actuaciones de naturaleza urbanística [art. 8.1.a) y b) del TRLS de 2008], y no por tanto a los suelos en situación rural. En consecuencia, el aprovechamiento urbanístico sólo designaría una magnitud que podrá ser materializada en edificaciones en suelos susceptibles de transformación urbanística, pero no designaría un eventual derecho a construir incluso en suelos rústicos. Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, ambos conceptos representarían manifestaciones del concepto genérico de aprovechamiento de naturaleza urbanística que conforma el contenido esencial del derecho.

En cualquier caso, y fuera ya del tema que nos ocupa, se ha de señalar que la distinción entre los conceptos de «construcción» y de «edificación» mantenida por el artículo 8.1.a) y b) del TRLS de 2008 parece responder más al fenómeno, bastante prolífico por otra parte, del recurso al eufemismo en nuestro Derecho urbanístico que a una distinción determinante que permita no imputar a los propietarios de suelo no urbanizable un «derecho a edificar», aunque sí un «derecho a construir». Así se confirma a la vista de la falta de sintonía existente entre aquel precepto con el artículo 2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (LOE), para el que bastantes de las «construcciones» del TRLS de 2008 tendrían el carácter de «edificación». Además, esa divergencia se manifiesta claramente en contra de los precedentes legales del TRLS de 2008, pues tanto el artículo 85.1 del TRLS de 1976 como el artículo 16.3 del TRLS de 1992 utilizaron también esa dualidad conceptual para diferenciar entre las «construcciones» destinadas a explotaciones agrícolas, así como las vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas (primer apartado), de las «edificaciones» de utilidad pública e interés social, así como de los edificios aislados destinados a vivienda familiar (segundo apartado), siendo que todos esos «aprovechamientos urbanísticos» se materializaban en suelo no urbanizable.

Bajo esta perspectiva, difícilmente puede justificarse que una vivienda unifamiliar aislada en suelo no urbanizable no sea calificable jurídicamente como «edificación» a la vista del artículo 2 de la LOE, pero también con base en la legislación autonómica vigente, donde con normalidad se califica como tales a las instalaciones en suelo rústico [art. 52.1.B) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía; arts. 124 ó 126 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias; en numerosos preceptos de la Ley 6/1997, de 8 de julio, de suelo rústico de Baleares; art. 62 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la legislación urbanística y territorial de Canarias; arts. 54.1.2.º.e) y 3.º.c) y 54.3 del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, etc.]. En otras normas autonómicas, más acordes con la nueva terminología legal, es llamativo que finalmente se acabe incurriendo en contradicciones, al calificar como «edificaciones» a lo que se había venido calificándose como «construcción» o «instalación» (art. 48.2 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña). Aún más llamativo es que las leyes autonómicas aprobadas tras la Ley 8/2007 o después de la entrada en vigor del TRLS de 2008 incurran en la misma paradoja (art. 30.2 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón; o el art. 114 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, según la redacción otorgada por Ley 2/2009, de 3 de julio).

Así pues, también los propietarios de suelo protegido gozan de un aprovechamiento de naturaleza urbanística semejante al resto de propietarios, sin perjuicio de que ese aprovechamiento no tenga por qué materializarse en todo caso en el suelo al que se adscriben dichos aprovechamientos mediante el específico ejercicio del *ius aedificandi* (cuestión que atañe concretar al legislador). Nos estamos refiriendo, en definitiva, a una *facultad común pero de ejecución modulable en virtud de la función social de la propiedad*⁵⁸. En fin, en unos casos esa facultad esencial se ejercerá mediante la edificación en sentido estricto, mientras que en otros supuestos la función social podrá matizar la actualización de ese derecho de forma variable (reconocimiento de usos autorizables de naturaleza edificatoria o constructiva, aprovechamientos urbanísticos en sentido estricto equidistribuibiles, etc.)⁵⁹.

Las consecuencias que pueden deducirse de este planteamiento, aparte de las ya comentadas, son múltiples, pero quizás habría que destacar dos. En primer lugar, hay que señalar que este planteamiento es perfectamente compatible con la *publicatio* de las funciones urbanísticas, así como con la diversidad de clases de suelo: una interpretación sistemática de los artículos 33 y 53.1 de la Constitución no altera esa premisa, pero sí que condiciona el modelo urbanístico que se deriva de dicha interpretación, como insistiremos en la última parte de este trabajo. Segundo, el reconocimiento de facultades constitucionales de utilización privada, actual y rentable supondría con toda seguridad un incremento de las valoraciones del suelo rústico⁶⁰. Para amor-

⁵⁸ En una línea cercana a la que aquí se mantiene, A. MENÉNDEZ REXACH (1994: 80 y 81) opina que «sí es inherente a la posición jurídica del propietario la facultad de edificar entendida en el sentido estricto antes expuesto. Lo que ocurre es que el “ius aedificandi” abstracto que el propietario tiene en cuanto tal se concreta en el aprovechamiento (usos e intensidades) que en cada caso le permita el plan con las desigualdades derivadas de la ordenación y los correctivos que se deban introducir a través de los mecanismos de equidistribución. El problema está en la desigualdad en el contenido del “ius aedificandi”, no en que sea o no un añadido que otorga el plan. Los propietarios de suelo no urbanizable tienen derecho a edificar, pero solamente construcciones vinculadas a explotaciones agrícolas o a obras públicas y en los demás supuestos que permite hoy el art. 16 del Texto refundido de la Ley del Suelo (...). Lo mismo hay que decir del suelo urbanizable no programado, sujeto a un régimen similar, aunque más estricto (...). En el otro extremo de la clasificación, el suelo urbano, ¿cómo se puede decir que el propietario de un solar no tiene derecho a edificar, sino que es un “añadido” que le otorga el plan?».

⁵⁹ Dicho de otro modo, como para cualquier otro propietario, también en suelo no urbanizable el plan únicamente definiría, delimitaría y concretaría «el dónde, el cómo, el cuánto y el cuándo puede el dueño del suelo materializar el aprovechamiento urbanístico que corresponde al mismo, ejercitando el derecho a edificar que le compete como propietario» (J. M. LOBATO GÓMEZ, 1989: 596).

⁶⁰ No sería la primera vez que la desvalorización urbanística del suelo no urbanizable se ha tratado de superar a través de la valoración del suelo. El primer ejemplo tiene que ver con la corrección de la valoración del suelo en función de su localización. Es paradójico que a pesar de la negación a nivel legal de todo contenido urbanístico de la propiedad del suelo de naturaleza rústica, las valoraciones a nivel jurisprudencial de este tipo de suelo no sólo no ha-

tiguar ese efecto cabría plantear una modificación de la racionalidad económica que opera en el ejercicio de las facultades expropiatorias; por ejemplo, introduciendo parámetros de valoración variable, considerando el carácter público o privado del beneficiario y, por tanto, la causa *expropiandi*⁶¹.

yan refutado, sino que hayan asumido con relativa normalidad un valor adicional que corresponde a las expectativas urbanísticas del suelo. Esta situación se ha reiterado bajo la vigencia de todas las leyes urbanísticas precedentes y sigue manteniéndose, no sin dudas, bajo la vigencia del TRLS de 2008 [J. A. CHINCHILLA PEINADO (2004), «La problemática incorporación de expectativas urbanísticas en la determinación del valor de terrenos clasificados como suelo no urbanizable o urbanizable no sectorizado. La (hasta el momento irreductible) tensión entre el legislador y los Tribunales», *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 208, págs. 39 y ss.; en relación con la legislación estatal vigente, también J. A. CHINCHILLA PEINADO (2007), «Artículos 20 a 27», en E. SÁNCHEZ GOYANES (Dir.), *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, La Ley, Madrid, págs. 608 a 612]. Lo más destacado a los efectos que aquí nos interesan es que esa «igualación» valorativa articulada por la jurisprudencia se ha vinculado generalmente a la relación física del SNU con el suelo urbanizado («renta de posición»). En otras palabras, lo definitivo es la posibilidad de que el SNU «llegue a convertirse» en suelo urbanizable.

En segundo lugar, cabe referirse a la doctrina del Tribunal Supremo que esgrimió el principio de equidistribución para justificar la valoración, como si de suelo urbanizable se tratara, de terrenos clasificados como no urbanizables y calificados por el planeamiento urbanístico como sistemas generales destinados a completar la infraestructura básica del municipio [por todas, véase la STS de 29 de enero de 1994 (Az. 263)]. Es decir, aquí el destino del suelo sería aparentemente el único criterio determinante de la rectificación del criterio valorativo establecido legalmente. Sin embargo, y frente a la pretendida generalización de esta jurisprudencia con base exclusiva en dicho destino, lo cierto es que esta doctrina jurisprudencial sólo es aplicable siempre y cuando los terrenos afectos a sistemas generales sirvieran para «crear ciudad». Esta terminología se ha construido específicamente en relación con las vías de comunicación, refiriéndose a aquellas vinculadas o integradas en «el entramado urbano», pero no a «las vías de comunicación interurbanas, pues entender otra cosa, conduciría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión». En otras palabras, sólo si los sistemas generales sirvieran para «crear ciudad» sería aplicable aquella doctrina con el fin de «hacer efectivo el principio de justa y equitativa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento, de tal manera que el afectado por una actuación expropiatoria que se ve privado de la finca, no resultara perjudicado por dicha expropiación en beneficio del resto de propietarios que conservaban la titularidad de los terrenos ubicados en la zona, beneficiándose de la obra dotacional» [en este sentido múltiples sentencias, pero por todas véase la STS de 15 de diciembre de 2008 (Rec. 6196/2007; Pte. SIEIRA MÍGUEZ)]. En conclusión, aunque aparentemente el dato determinante pueda ser el destino del suelo, en realidad el criterio definitivo y determinante es su localización respecto del entramado urbano. Por este motivo se puede decir que esa jurisprudencia pretende corregir aquellos casos en los que la clasificación de los terrenos destinados a sistemas generales que «crean ciudad» sea puramente formal, es decir, pudiera ser considerada como fraudulenta en virtud de la especial singularización de los terrenos expropiados en relación con los terrenos de su entorno, de modo que la obtención de estos terrenos supusiera una vulneración del principio de equidistribución [F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID y J. AGUDO GONZÁLEZ (2004), *Expropiación y grandes infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, *in toto*].

⁶¹ Así podría suceder en los casos en que se combina la expropiación con el modelo empresarial en la actividad urbanizadora. Esta práctica ha sido puesta en tela de juicio desde las instituciones comunitarias. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al reconocer el derecho a la propiedad privada, también alude a las garantías que modulan el ejercicio de la potestad expropiatoria. El artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho de toda persona «a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los

III. CONCLUSIÓN: REPLANTEAMIENTO DEL URBANISMO ESPAÑOL CON BASE EN UNA NOCIÓN RENOVADA DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

No es preciso señalar que el planeamiento aquí mantenido está muy lejos de las tesis mayoritarias y de la jurisprudencia, ya que la noción jurídica de aprovechamiento urbanístico siempre se ha identificado con aquella facultad graciable otorgada por el planificador, ligada a su discrecionalidad clasificatoria y vinculada a la actividad de ejecución de la obra-servicio público de urbanización imputable a esos propietarios⁶². Ahora bien, este planteamiento es el resultado de la aceptación del sometimiento de la propiedad inmobiliaria a un modelo de «urbanismo rentable» basado en la creación de ciudad, esto es, el modelo que mejor se ajusta a la concepción estatutaria de la propiedad⁶³. Un ur-

casos y condiciones previstos en la Ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida». Pues bien, respecto a las causas de «utilidad pública» a las que alude el precepto como garantía expropiatoria, nuestro Derecho urbanístico ya ha sido criticado precisamente por los términos en que esta garantía es satisfecha. Las críticas se han puesto de manifiesto en el informe de la parlamentaria europea Janelly FOURTOU sobre las alegaciones de aplicación abusiva de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU) y sus repercusiones para los ciudadanos europeos, cuando «insta a las autoridades competentes» a tener en cuenta una serie de recomendaciones, incluida la inclusión en la nueva legislación de suelo valenciana de «una definición clara del concepto de “interés público”, de forma que descarte sin ambigüedades toda posibilidad de que la justificación del interés público de una expropiación —que constituye una condición *sine qua non* de cualquier expropiación, de acuerdo con las normas europeas de los derechos humanos y los derechos fundamentales— pueda utilizarse para la promoción de intereses con un carácter más privado que público». Problemas parecidos se ponen de relieve en el informe de la europarlamentaria Margrete AUKEN, aprobado el 12 de febrero de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, o en el informe sobre la misión de investigación en Madrid, la Comunidad Valenciana y Andalucía del 27 de febrero al 3 de marzo de 2007, de los parlamentarios europeos Marcin LIBICKI y Michael CASHMAN.

En esta dirección es paradójico que frente a las afirmaciones acogidas en los preámbulos de otras leyes autonómicas dictadas para adaptar la legislación de esa Comunidad a la nueva legislación estatal, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, afirme que una de las novedades de la Ley «es la supresión de la figura del agente urbanizador, que durante su existencia no ha demostrado su eficacia y cuyas funciones podrían entrar en colisión con el derecho de propiedad de numerosos ciudadanos».

⁶² L. PAREJO ALFONSO (1995: 234 y 236) señala que la legislación de suelo «excluye el “aprovechamiento urbanístico” tanto de los bienes o cosas a que se refiere al tratar, con carácter general, de la propiedad, como, por tanto, del contenido propio o intrínseco de ésta en cuanto derecho». A ello añade que «la Ley configura el referido aprovechamiento como creación de la ordenación urbanística y, principalmente, del planeamiento, es decir, como creación del poder público».

⁶³ No es casualidad que la STC 61/1997 (FJ 7) definiera el objeto del urbanismo precisamente por referencia a este fenómeno: «... **el urbanismo, como sector material susceptible de atribución de competencia, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la “ordenación urbanística”, como objeto normativo de las Leyes urbanísticas (recogida en la primera Ley del Suelo de 1956, art. 1.º). Sin propósito definitorio, el contenido del ur-**

banismo, en definitiva, selectivo en el reconocimiento de aprovechamientos urbanísticos y por ello manifiestamente discriminatorio, en el que el dato clave es la justificación de la rentabilidad de las plusvalías generadas.

La interpretación «estatutarizada» del artículo 33 de la Constitución centra sus esfuerzos en articular el derecho a la propiedad a través de los presupuestos del artículo 47 del texto constitucional y, por tanto, desde la perspectiva de un urbanismo necesariamente rentable que devuelve a la comunidad parte de las plusvalías generadas. Al mismo tiempo, la «estatutarización» de la propiedad impone la exclusión de «rentabilidad» de naturaleza urbanística a todos los propietarios de suelos no transformables que prestan servicios ambientales. En otras palabras, esto es tanto como entender que desde el artículo 33.2 de la Constitución, como desde otros preceptos constitucionales, en ese tipo de suelo sólo podrían derivarse efectos impeditivos de esas facultades.

Sin embargo, cuando el artículo 47 de la Constitución dispone que la comunidad ha de participar «en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos», significa que la legislación urbanística podrá favorecer a algunos propietarios de suelo, sin perjuicio de que ello deba ser compensado con la devolución a la comunidad de parte de aquellas plusvalías. Ahora bien, del artículo 47 no se deriva una eliminación de un contenido urbanístico mínimo y esencial imputable a todo propietario, sencillamente porque la interpretación del artículo 47 de la Constitución ha de ser compatible con los artículos 33.1 y 53.1. Dicho de otra manera, el reconocimiento legal de aprovechamientos imputables a los propietarios de suelo urbanizable que pudiera deducirse del artículo 47 no excluye a nivel constitucional un reconocimiento de aprovechamientos mínimos de naturaleza urbanística, de tipo variable, a favor de todos los propietarios de suelo.

Tampoco cabe deducir dicha prohibición o eliminación de facultades del artículo 45 de la Constitución. No se puede admitir que cuando el artículo 45.2 de la Constitución establece un mandato a los poderes públicos cifrado en la «utilización racional» de los recursos naturales,

banismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación. El contenido que acaba de enunciarse se traduce en la fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo».

ello suponga entender que la racionalidad reclamada sea incompatible con un contenido esencial que actualice la rentabilidad del propietario con el reconocimiento de facultades de aprovechamiento, incluso de naturaleza urbanística. Cualquier otra conclusión supone, lisa y llanamente, que el beneficio público derivado de la clasificación del suelo como suelo no urbanizable especialmente protegido no sólo no es compensado con facultades con contenido económico actual, sino que además los costes derivados de aquella clasificación son imputados íntegramente a los propietarios de esos suelos, insistimos sin contenido urbanístico-patrimonial alguno y, en principio, a coste cero⁶⁴. En definitiva, no sólo se priva a los propietarios de un aprovechamiento rentable que defina la apropiación de esos terrenos, sino que el régimen jurídico de los mismos identifica la vertiente subjetiva del derecho con las cargas y deberes imputables a los propietarios.

⁶⁴ J. M. LOBATO GÓMEZ (1989: 521) habla desde una perspectiva parecida de que éste es uno de los problemas sin resolver de nuestro urbanismo.

Es bien cierto, no obstante, que el ordenamiento ha previsto mecanismos jurídicos diversos cuya finalidad es rebajar la carga económica que supone la prestación de servicios ambientales mediante la colectivización de las cargas derivadas de la prestación de tales servicios. Desde esta perspectiva, el Derecho urbanístico y medioambiental ha previsto algunos instrumentos de fomento para contribuir económicamente a las cargas que caracterizan al régimen jurídico del suelo no urbanizable protegido. No obstante, todos esos instrumentos suponen reconocer de forma tácita el planteamiento precedente: son compensaciones que sirven para contribuir al costeamiento de la ejecución de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad, debido a la imposición en muchos casos de limitaciones materialmente expropiatorias.

Estos mecanismos han sido complementados y superados en algunas CC.AA. en las que diversas técnicas urbanísticas son empleadas para integrar al suelo no urbanizable que presta servicios ambientales en el marco de una ordenación y gestión urbanística integral. Los mecanismos más avanzados condicionan la reclasificación de suelo, y por consiguiente el otorgamiento de aprovechamientos a los nuevos propietarios de suelo urbanizable, al resarcimiento de los propietarios de suelo no urbanizable que prestan servicios ambientales (el mejor ejemplo es el art. 13.6 de la Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje de la Comunidad Valenciana). En estos supuestos, los datos fundamentales son varios. En primer lugar, si esa compensación a la que hacemos referencia constituye una «liberación» definitiva de la expropiación expectante a la que somete la legislación sectorial y urbanística a los terrenos que prestan servicios ambientales o si, por el contrario, supone una atribución de un contenido urbanístico a las facultades del propietario, quien continuaría en su condición de titular del suelo. La regulación más moderna de las CC.AA. se mantiene en la primera posibilidad, pues en todo caso se prevé la adquisición de tales terrenos por la Administración actuante. En fin, la idea es corregir el perjuicio patrimonial que supone mantenerse indefinidamente como propietario de terrenos proveedores de servicios ambientales carentes de rentabilidad económica, pero con una solución paradójica pues, en última instancia, aquella falta de rentabilidad no se suple, sino que directamente se excluye con la eliminación del derecho de propiedad. En otras palabras, en estricto cumplimiento del sentido genuino de la concepción estatutaria de la propiedad, en ningún caso se otorga un definitivo contenido sustancial de naturaleza urbanística a la relación de apropiación que define el derecho de propiedad, lo que sitúa a estos instrumentos más cerca de las técnicas tradicionales de fomento de lo que podría parecer a primera vista. Sobre esta materia, véase J. AGUDO GONZÁLEZ (2011), «Gestión urbanística integral del suelo: plusvalías y servicios ambientales», *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, núm. 311.

En contra de este planteamiento, nuestra tesis nos lleva a una visión renovada del derecho de propiedad inmobiliaria y de las funciones públicas de planificación urbanística. Este nuevo planteamiento, como parece evidente, exigiría una ordenación urbanística global de todo el suelo, incluido el suelo rústico protegido, donde, partiendo del reconocimiento de situaciones jurídicas variables, todas ellas incorporen un contenido subjetivo que otorgue una rentabilidad real y no potencial a los propietarios. Ahora bien, los términos en que la materialización de aprovechamientos pudiera llevarse a cabo, como ya hemos indicado, es una cuestión de política legislativa. Tal vez, una vía en la que se podría avanzar, ahondando en el camino abierto en alguna Comunidad Autónoma, podría ser la transferencia con reubicación subsiguiente de aprovechamientos a terrenos aptos para materializar ese aprovechamiento en virtud de su clasificación urbanística⁶⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2011): «Gestión urbanística integral del suelo: plusvalías y servicios ambientales», *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, núm. 311.
- AGUIAR DE LUQUE, L. (1993): «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14.
- ALEXY, R. (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BAÑO LEÓN, J. M. (2008): «El contenido esencial de la propiedad en el contexto del derecho europeo», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. II.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1988): *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid.
- (1989): «La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza», núm. 119 de esta REVISTA.
- (1995): «El derecho a la propiedad en la Constitución española de 1978», en J. BARNÉS VÁZQUEZ (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Civitas, Madrid.
- BASSOLS COMA, M., y GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (1976): *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, IEAL, Madrid.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. (2003): *Las servidumbres administrativas*, Lex Nova, Valladolid.
- CHINCHILLA PEINADO, J. A. (2004): «La problemática incorporación de expectativas urbanísticas en la determinación del valor de terrenos clasificados como suelo no urbanizable o urbanizable no sectorizado. La (hasta el momento irreductible) tensión entre el legislador y los Tribunales», *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 208.
- (2007): «Artículos 20 a 27», en E. SÁNCHEZ GOYANES (Dir.), *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, La Ley, Madrid.
- COLINA GAREA, R. (1997): *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona.

⁶⁵ Sobre esta materia, véase J. AGUDO GONZÁLEZ (2011: *in toto*).

- DELGADO DE MIGUEL, J. F. (1992): *Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología*, Aranzadi, Pamplona.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1991): *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor, Madrid.
- GALÁN VIOQUÉ, R. (2001): *La responsabilidad del Estado legislador*, CEDEC, Barcelona.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (1993): «Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones, expropiaciones y venta forzosa», *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 134.
- (1994): *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid.
- (2002): «*Ius aedificandi* y propiedad del suelo: Real Decreto-Ley 4/2000. STC 1764/2001 y Leyes regionales posteriores», *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 193.
- (2006): «Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales», *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 225.
- GARCÍA BELLIDO, J. (1993): «La liberalización efectiva del mercado del suelo. Escisión del derecho a la propiedad inmobiliaria en una sociedad avanzada», *Revista Ciudad y Territorio*, núms. 95 y 96.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1958): «La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 11, núm. 2.
- (1996): «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», núm. 141 de esta REVISTA.
- HÄBERLE, P. (2003): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1989): «La propiedad privada y su función social en la Constitución», *Revista Poder Judicial*, núm. 14.
- HESSE, K. (2001): «Significado de los derechos fundamentales», en *Manual de Derecho Constitucional* (Eds. BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE), Marcial Pons, Madrid.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A. (1995): «La función social de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 22.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., y AGUDO GONZÁLEZ, J. (2004): *Expropiación y grandes infraestructuras*, Montecorvo, Madrid.
- JIMÉNEZ LINARES, L. (1997): *El derecho al aprovechamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona.
- LOBATO GÓMEZ, J. M. (1989): *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Montecorvo, Madrid.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M. (1995): *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Montecorvo, Madrid.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. (1988): *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid.
- MARTÍN MATEO, R. (1967): «El Estatuto de la propiedad inmobiliaria», núm. 52 de esta REVISTA.
- MATA OLMO, R., y TARROJA COSCUELA, A. (Coords.) (2006): *El paisaje y la gestión del territorio. Criterios paisajísticos en la ordenación del territorio y el urbanismo*, Diputación de Barcelona y CUIMPB, Barcelona.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (1994): «La propiedad en la nueva Ley del Suelo», *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 3.
- MICHAEL, L. (2009): «¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11.
- MIR PUIGPELAT, O. (2002): *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid.
- MONTÉS PEÑADES, V. (1980): *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, Civitas, Madrid.
- MUÑOZ GUIJOSA, A. (2009): *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Civitas, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1988): «El planeamiento urbanístico», en *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, Civitas, Madrid.

- OTTO Y PARDO, I. de, y MARTÍN-RETORTILLO, L. (1988): *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (1988): *Derecho Administrativo. Bienes públicos y urbanismo*, Marcial Pons, Madrid.
- PARERO ALFONSO, L. (1978): «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el ordenamiento alemán», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 17.
- (1995): «La propiedad urbana», en J. BARNÉS VÁZQUEZ (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Civitas, Madrid.
- (1996): «Apuntes para una interpretación del sistema legal urbanístico español en clave histórica», *Revista Ciudad y Territorio*, núms. 107-108.
- PERALES MADUEÑO, F. (1996): «La primera reforma de la Ley del suelo: 1956-1975», *Revista Ciudad y Territorio*, núms. 107-108.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1983): «Comentario al art. 33 de la Constitución», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo III, Edersa, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.
- REY MARTÍNEZ, F. (1994): *La propiedad privada en la Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- (2008): «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», núm. 17 de esta REVISTA.
- SANTAELLA QUINTERO, H. (2010): «El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia. Análisis fundamentado en el estudio de la garantía constitucional de la propiedad privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español», Universidad Autónoma de Madrid (tesis doctoral).
- SANTOS DíEZ, R., y CASTELAO RODRÍGUEZ, J. (2002): *Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos*, El Consultor, Madrid.
- STERN, K. (1988): «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22.
- TARROJA COSCUELA, Alexandre (2006): «Transformaciones territoriales y valoración social del paisaje», en Rafael MATA OLMO y Alexandre TARROJA COSCUELA (Coords.), *El paisaje y la gestión del territorio. Criterios paisajísticos en la ordenación del territorio y el urbanismo*, Diputación de Barcelona y CUIMPB, Barcelona.
- TEJEDOR BIELSA, J. (1998): *Propiedad, equidistribución y urbanismo*, Aranzadi, Pamplona.
- VAN ERP, S. (2006): *European and National Property: Osmosis or Growing Antagonism?*, Sixth Walter Van Gerven Lecture, Leuven Centre for Common Law of Europe, Ius Commune Research School.
- VELASCO CABALLERO, F., y BACIGALUPO SAGGESSE, M. (1995): «Límites inmanentes de los derechos fundamentales y reserva de Ley», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85.

