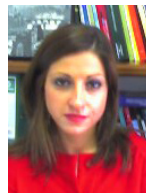


EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN*Investigadora del Programa Ramón y Cajal
(Universidad de Oviedo)**E.M. Menéndez Sebastián*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2006** en la Modalidad de **DERECHO ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Mariano BACIGALUPO SAGESSE, doña Carmen CHINCHILLA MARÍN, don Germán FERNÁNDEZ FARRERES, don Luis MARTÍNEZ-SICLUNA SEPÚLVEDA, doña Olga MELLA PUIG y don José Ramón PARADA VÁZQUEZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

PARTIENDO del concepto del derecho de propiedad y de su función social ofrecido por el Tribunal Constitucional (TC), las restricciones de usos o disposición que la delimitación de este derecho puede conllevar por responder a su función social forman parte misma de este derecho y por ello no son indemnizables. No obstante, existen supuestos en los que diversas leyes introducen excepciones a este principio permitiendo cierta compensación, es el caso de la Ley del Suelo. Ante ello se trata en este trabajo de buscar una figura que dé cobertura jurídica a estos supuestos y para ello se analizan otros sistemas donde también se plantea el problema. En el caso francés su interés queda confirmado, no sólo porque en cuanto al derecho de propiedad nuestras normas decimonónicas siguieron el ejemplo de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, sino también por ofrecer una solución concreta a esta excepción contenida en el artículo L.160-5 de su Código de urbanismo, aunque como se verá, distinta a la española por cuanto nuestro país a la hora de regular y configurar el actual de propiedad en el artículo 33 de la Constitución Española (CE) ha tomado ejemplo del artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn, siendo por ello conveniente acudir al modelo alemán para hallar respuesta a las dudas derivadas precisamente como consecuencia de esa configuración del derecho de propiedad,

.../...

.../...

así como porque los supuestos indemnizatorios en urbanismo (§§ 39 a 44 *Baugesetzbuch*) han inspirado igualmente los previstos en los artículos 41 a 44 de la Ley del Suelo española.

Sumario:

Planteamiento previo.

- I. Aproximación al problema: los derechos adquiridos en el urbanismo.
- II. Los supuestos indemnizatorios en el ámbito urbanístico español.
 1. La regla general de no indemnización.
 2. El procedimiento gradual de adquisición de facultades o derechos urbanísticos.
 3. Las excepciones de los artículos 41 a 44 de la Ley del Suelo de 1998.
- III. Las *servitudes d'urbanisme* del sistema francés.
 1. Breve evolución del derecho de construcción en Francia.
 2. Excepciones a la regla de no indemnización: artículo L.160-5 del *Code de l'urbanisme*.
 3. La garantía de estabilidad de las reglas de urbanismo del artículo L.315-8 del *Code de l'urbanisme*.
- IV. Las determinaciones y limitaciones del derecho de propiedad incluidas en las reglas de urbanismo: la opción del modelo alemán.
 1. La figura alemana de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*.
 2. El derecho a construir y el artículo 14 de la *Grundgesetz*.
 3. Los supuestos excepcionales de indemnización del *Baugesetzbuch*.
 4. La *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung* como coherente justificación de algunos supuestos indemnizatorios urbanísticos: §§ 39 a 44 del *Baugesetzbuch*.
 5. La expropiación clásica y las medidas con efectos expropiatorios.
- V. Recapitulación: solución y fundamento de los supuestos indemnizatorios urbanísticos en los sistemas español, francés y alemán.

A modo de conclusión.

PLANTEAMIENTO PREVIO

Desde la consagración del derecho de propiedad en el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia el 26 de agosto de 1789, hasta nuestros días, este derecho ha sufrido una importante evolución en la que ha pasado de una concepción liberal –propia de la visión individualista de la Revolución Francesa e incorporada por el sistema español a través de la Constitución de Cádiz de 1812 y más tarde por el Código Civil de 1889– a una concepción social que en nuestro ordenamiento se consolida en el artículo 33 de la CE, aunque cuenta con importantes antecedentes en la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 1954 y, muy especialmente, en la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956, y con anterioridad en la Constitución Republicana de 1931 (art. 44).

Fruto de esa evolución y, particularmente, de la inclusión en el mismo de la función social –art. 33.2 CE–, hoy el derecho de propiedad ha dejado de ser absoluto, «sagrado e inviolable» en palabras de la citada Declaración francesa, y encuentra condicionamientos y restricciones justificadas en la consecución de la satisfacción del interés general que la propiedad concreta cumple¹.

Así, y como se desprende del propio artículo 33 de la CE, el contenido concreto del derecho de propiedad es fijado por el legislador, aunque alguna posibilidad queda abierta también a la Administración; si bien esta delimitación encuentra un límite insoslayable: el contenido esencial del derecho.

Precisamente es ese contenido esencial el que sirve como principal criterio para deslindar la delimitación de derechos de otras figuras de las que no siempre resulta fácil de separar y, más concretamente, de la expropiación forzosa, reconocida en el artículo 33.3 de la CE y sometida a determinados requisitos –exigidos incluso constitucionalmente–.

A pesar de la indudable importancia del precepto constitucional señalado, que reconoce la propiedad desde una doble vertiente: institucional y como derecho subjetivo, lo cierto es que se carece de una definición general de qué es el derecho de propiedad, lo que hace necesario acudir a la doctrina del

¹ En efecto, como ha señalado PONS CÁNOVAS, F., «El dret a la propietat privada i la seva funció social en l'ordenació del territori», *Posidònia. Quadern de debat ambiental*, núm. 0, Illes Balears, mayo de 1999, pág. 21, en la actualidad la concepción de la propiedad propia del modelo romanista que se desprende del artículo 348 del Código Civil ha sufrido un cambio sustancial gracias al reconocimiento de la función social de la propiedad.

TC en la materia, así como a las diversas leyes en que se regulan las distintas categorías de propiedad: propiedad urbana, agraria, forestal, etc. De tal modo, que no existe una configuración del derecho de propiedad abstracta y aplicable a todo supuesto, sino varios estatutos de la propiedad.

Esto lleva, en consecuencia, a que no todos los propietarios tengan las mismas facultades de uso y disfrute de sus bienes, estando éstas en algunos casos restringidas de forma más intensa por la importancia de la función social que cumple el bien concreto, piénsese, por ejemplo, en los recursos naturales y su contribución al medio ambiente.

No obstante, a través de estas delimitaciones no puede verse afectado el contenido esencial del derecho de propiedad ² que, siguiendo la doctrina constitucional –y, asimismo, la del TEDH– comprende en todo caso la titularidad de las facultades de uso y disfrute y disposición.

De este modo, aunque ambas facultades pueden verse condicionadas por la función que la propiedad desempeña en la sociedad, ambas deben permanecer en manos del propietario, o de otro modo la regulación del legislador al respecto implicará una expropiación o se tratará de una ley inconstitucional, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la CE.

El objeto principal de este trabajo es el examen del modo en que tanto el legislador en esa delimitación, pero también y principalmente la Administración, a través de instrumentos como los Planes de Ordenación del Territorio y los Planes Urbanísticos, inciden en el derecho de propiedad y sus consecuencias especialmente desde el punto de vista indemnizatorio.

Todo ello tomando como presupuesto el concepto de derecho de propiedad y de su función social y de la distinción con otras figuras cercanas como la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque dicho presupuesto no se recoge en este trabajo.

El porqué del estudio de esa distinción no se justifica sólo en la conveniencia dogmática de clarificar figuras e instituciones, sino que tiene también una trascendencia práctica que se pone de manifiesto de forma más concreta en esta investigación. Pues en ella se aplica la postura mantenida respecto a la citada distinción y que sirve de base (aunque se insiste que no se plasma en este trabajo sino que es presupuesto del mismo) y, muy especialmente, la propuesta de incorporación de la figura intermedia de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung* ³ –propia del sistema alemán–, al ámbito urbanístico con una finalidad primordial: justificar la posibilidad de indemnizar determinadas restricciones del derecho de propiedad.

² Pues como bien ha dicho DE LOS MOZOS, J.L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1993, pág. 197, «las limitaciones que entraña la función social de la propiedad se hallan, a su vez, limitadas por el "contenido esencial" del derecho de propiedad que ampara la garantía constitucional de este derecho».

³ Respecto a esta institución véanse entre otros KLEINLEIN, K., «Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung -eine Alternative zur Enteignung?», *DVBl*, 106 Jahrgang, 1. April 1991, págs. 365-375; y MAURER, H., «Der enteignende Eingriff und die ausgleichspflichtige», *DVBl*, 106 Jahrgang, 1. August 1991, págs. 781-786.

La propuesta de recurrir al ordenamiento alemán no es arbitraria o caprichosa, sino que se debe a la perspectiva adoptada en este estudio, es decir, el derecho de propiedad. Así, si bien en un primer momento nuestro sistema acudió al francés e importó el derecho de propiedad del artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, lo cierto es que el actual artículo 33 de la CE es fiel reflejo del artículo 14 de la Grundgesetz, al igual que el artículo 53 de nuestra Carta Magna ha seguido el ejemplo del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Por ello, respecto a la posibilidad de indemnizar determinadas restricciones al derecho de propiedad y aunque el sistema de responsabilidad patrimonial germánico se aleja del nuestro, es importante tener en cuenta que la configuración actual de este derecho se ha tomado del modelo alemán, y que por ello en el mismo pueden encontrarse soluciones a determinadas dudas que en torno a este derecho se han generado y que por provenir del propio concepto de función social del mismo –incorporado, insisto, del ordenamiento alemán–, pueden explicarse desde dicho modelo. Aunque tampoco se renuncia a examinar para algún caso concreto soluciones arbitradas en otros sistemas que pudieran ser también de utilidad en el nuestro, como sucede con el caso francés en relación con algunas reglas en materia de urbanismo.

Finalmente, cabe señalar que aunque son muchos los ámbitos en que la intervención de la Administración o el legislador en la propiedad tiene presencia, se ha optado por el análisis del urbanístico porque a través del mismo se ponen de manifiesto todos los elementos esenciales en la materia y encuentra plena aplicación la postura propuesta.

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA: LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL URBANISMO

Como ya se ha puesto de manifiesto en líneas previas son muy variadas las ocasiones y formas en que la Administración incide en el derecho de propiedad, pues bien, uno de los ámbitos más importantes en que esto sucede es el urbanístico ⁴.

El eje central del problema gira fundamentalmente, como se verá, en torno al derecho a edificar, siendo así que la concepción que de éste se tenga condicionará la posibilidad de indemnización y, muy especialmente, el momento a partir del cual ésta surge.

⁴ Así, resulta muy interesante respecto del derecho de propiedad en el ordenamiento urbanístico lo expresado por NAVARRO-AGUILERA, J.I., «La propiedad en el ordenamiento urbanístico», *Estudios de Deusto*, vol. XXI, 48-49, enero-diciembre, 1973, pág. 211, al decir que: «Es un hecho constatado el paso de Instituciones pertenecientes al Derecho civil dentro de la órbita administrativa, siendo claros exponentes de los mismos la Agricultura y el Urbanismo, ambos ahora de total competencia administrativa, en el último de los cuales se nos muestra todo el carácter conflictivo entre los entes públicos y los sujetos privados, que viene plasmado en todo el desarrollo del Derecho urbanístico».

Además, como se tendrá ocasión de comprobar, este problema, el de la restricción de los aprovechamientos de suelo y, muy particularmente, la privación o limitación de la construcción ⁵, es común a los tres sistemas que aquí se estudiarán: el español, el francés y el alemán, precisamente porque es consustancial al debate respecto a la relación o vinculación entre el derecho a construir y el derecho de propiedad.

Así, dependiendo del concepto de propiedad, de su función social, de las facultades que lo integran y de los derechos o aprovechamientos que puedan incluirse en el mismo, la solución será diferente. No obstante, y a pesar de que se opte por figuras distintas para fundamentar o amparar estos supuestos indemnizatorios en los tres modelos que seguidamente serán expuestos, lo cierto es que en los tres se prevé la posibilidad de compensar determinadas restricciones que son equiparables en los distintos ordenamientos.

Todo ello no hace más que poner de relieve la necesidad sentida en nuestro sistema y en los de nuestro entorno de dar cobertura a la compensación de ciertas restricciones que son excepciones a la regla general de no indemnización por la delimitación –sobrevenida– del contenido del derecho de propiedad; regla cuyo fundamento se encuentra en el propio concepto del derecho de propiedad y de su función social. Igualmente se podrá comprobar que el fin perseguido con esas indemnizaciones es también el mismo en las tres regulaciones.

Así, y a pesar de que no todos los supuestos son reconducibles a un mismo tipo, ni siquiera a un mismo fundamento, cabe destacar, en primer lugar, la privación o restricción de aprovechamientos urbanísticos previamente adquiridos de forma legítima como consecuencia de un cambio de la regulación y, de forma más concreta, del Plan urbanístico. En este caso, el elemento clave es el de los derechos adquiridos, de tal modo que si tales facultades o derechos urbanísticos han sido patrimonializados parece oportuno que si con el cambio de Plan se produce un atentado a los mismos éstos sean indemnizados.

Este punto de partida es común a los tres sistemas, aunque otra cuestión será determinar en cada uno de ellos cuándo se considera que se ha adquirido tal derecho o derechos (piénsese no sólo en el derecho a edificar, sino también en el derecho a urbanizar o en el derecho al aprovechamiento urbanístico), así como la figura en que encaja de forma más adecuada esa compensación.

Igualmente cabría plantearse si una vez se ha adquirido alguno de esos derechos urbanísticos se entiende que se trata de derechos patrimoniales distintos al de propiedad o realmente son facultades integradas en éste una vez han sido patrimonializadas. Aunque debe advertirse ya que la opción por una u otra postura realmente no conlleva importantes consecuencias prácticas a los efectos de este trabajo; lo cierto es que partiendo del procedimiento gradual a través del cual se van adquirien-

⁵ Resulta a este respecto interesante la clasificación de las limitaciones del derecho de propiedad derivadas de la Ley del Suelo que hace CARRETERO SÁNCHEZ, S., «Intento de una clasificación de las limitaciones en el derecho de propiedad», *Actualidad Administrativa*, núm.21, 1996, pág.398, distinguiendo entre las que someten el derecho de propiedad a la planificación, las que lo someten a las licencias urbanísticas y la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad.

do y consolidando estos derechos urbanísticos y siguiendo la evolución normativa al respecto, parece que podría sostenerse fácilmente que se está ante facultades que se patrimonializan y consolidan pasando a formar parte del derecho de propiedad, derecho que en principio no incluye tales facultades hasta que el propietario no adquiere esos derechos –en el caso español tras cumplir con una serie de obligaciones–. Aunque el empleo indiscriminado por las propias normas de los términos «facultades», «derechos», «aprovechamientos», etc., puede llevar a confusión.

En segundo lugar, otro supuesto también frecuente es el de la imposición de cargas singulares o excepcionales, en cuyo caso ya no se trata tanto de privar de derechos adquiridos previamente, sino de compensar la desigualdad generada –de forma justificada–, a uno o varios propietarios respecto de la generalidad.

Finalmente, la tercera hipótesis que suele recogerse entre los supuestos indemnizatorios en el ámbito urbanístico es la de los gastos o inversiones que el propietario lleva a cabo en vista de la regulación existente y que como consecuencia de la modificación de la misma devienen inútiles, supuesto que tiende a considerarse merecedor de compensación por la confianza legítima en el ordenamiento.

II. LOS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO ESPAÑOL

1. La regla general de no indemnización.

Un ámbito donde han surgido los mayores problemas y en el que, precisamente, nuestro sistema parece haberse hecho eco del modelo alemán, aunque como se verá sólo en parte, lo que ha ocasionado algún que otro debate en torno a la naturaleza de las indemnizaciones, es el urbanístico ⁶.

El problema al que me refiero es el de los supuestos indemnizatorios de los actuales artículos 41 y siguientes de la Ley estatal del Régimen del Suelo y Valoraciones, y las previsiones que al respecto establezcan las Comunidades Autónomas ⁷.

⁶ En relación con la actividad urbanística como función pública, presupuesto para adentrarse en esta materia, véanse, entre otros, PAREJO ALFONSO, L., *Reivindicación del urbanismo. Liberalización del suelo al servicio del interés general*, Instituto Pascual Madoz, Madrid, 1997; y FONSECA FERRANDIS, F.E., *La liberalización del suelo en España. Presupuestos y marco jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

⁷ Respecto de la Comunidad Autónoma de Madrid y su régimen urbanístico véase FERNÁNDEZ, T.R. y FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Derecho Urbanístico de Madrid*, Iustel, Madrid, 2004; en relación con el Principado de Asturias ténganse en cuenta CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M.^a (Coord.), *Ley del Suelo del Principado de Asturias. Edición comentada*, Trea, Gijón, 2003; y BOCANEGRA SIERRA, R., y HUERGO LORA, A., *El Derecho urbanístico del Principado de Asturias*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 2004; y, en general en cuanto a la legislación autonómica urbanística y la propiedad BASSOLS COMA, M., «Legislación urbanística de las Comunidades Autónomas y el derecho de propiedad», *RDU*, núm.110, 1988, págs. 23-56.

No debe olvidarse que la función social de la propiedad comenzó a forjarse en este ámbito ⁸, y que ya en la Ley del Suelo (LS) de 1956 se preveían restricciones a los aprovechamientos y usos de los terrenos que el propietario se veía obligado a soportar y que, al ser consecuencia de la correspondiente delimitación del derecho de propiedad por su función social, no daban lugar a indemnización alguna.

Esto ha sido entendido, ya en varias ocasiones, por el TC como perfectamente correcto y constitucional, sentando la doctrina de que este derecho, en principio, sólo comprende los usos primarios ⁹, así como todas las dificultades sobre la posibilidad o no de considerar que se pueda adquirir y consolidar el derecho a edificar, etc.

Aquí se expondrá brevemente esta cuestión con la única intención de encuadrar en sus justos términos el tema de la posible compensación en determinados supuestos de restricción de usos por delimitación del derecho de propiedad, que es una excepción a la regla general de la no indemnización por función social de la propiedad ¹⁰, y por responder, precisamente, a la figura alemana que aquí se propone incorporar a nuestro sistema, especialmente para evitar las dudas que surgen en torno a la adecuación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a algunos de estos supuestos.

En efecto, ya en la legislación urbanística anterior a la Ley de 1998 se preveían determinados supuestos en que, aunque a simple vista parecía tratarse de una mera delimitación de los posibles aprovechamientos de la propiedad que no daría lugar a indemnización, se establecía una compensación por los perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha delimitación. Es el caso, por ejemplo, de los artículos 237 y siguientes del Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRS) con ocasión de la reforma por la Ley 8/1990 y del artículo 87 de la LS/1976.

Sin embargo, estos preceptos deben relacionarse con otras previsiones y, concretamente, en el caso actual con el artículo 2 de la Ley del Suelo, y con anterioridad con los artículos 6, 76 y 87 de la LS/1976 ¹¹, o, más recientemente, con el artículo 5 del TR de 1992 ¹², del que también es preciso tener en cuenta los artículos 23 y siguientes, hoy derogados por la Ley 6/1998.

⁸ En cuanto a la ordenación urbanística y el derecho de propiedad véase GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 425 y ss.

⁹ Entre otras, recuérdese la STC 170/89.

¹⁰ Respecto a éstas y otras excepciones a esa regla general, véase IVARS BAÑULS, J. A., y VILLARINO SAMALEA, G., *La responsabilidad por actos de naturaleza urbanística*, INAP, Madrid, 2003, págs. 56 y ss.; y MACERA, B-F., *La responsabilidad de la Administración en el Derecho urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

¹¹ El primero de ellos decía que: «La ordenación del uso de los terrenos y construcciones no confiere derechos indemnizatorios, salvo en los supuestos que la Ley define»; mientras que el artículo 76 establecía que: «Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios»; finalmente, decía el artículo 87.1 que: «La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística. Los afectados tendrán, no obstante, derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento en los términos previstos en la presente ley».

¹² Este artículo establecía que: «La función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio».

En todos ellos se viene a recordar que los aprovechamientos y usos que pueden hacerse de los terrenos son los que se fijan en la ley y en los correspondientes instrumentos de planeamiento¹³ y que la regulación de los mismos no da lugar a indemnización, salvo en los casos expresamente previstos. Es decir, se hacen eco de la doctrina general de que la delimitación del derecho de propiedad no da lugar a compensación, no obstante, dan entrada a alguna posible excepción, que es lo que aquí interesa examinar, siendo además que en alguno de esos preceptos se menciona expresamente la función social de la propiedad.

En concreto, el hoy vigente artículo 2 de la LS/1998, que es el que hay que poner en relación con los artículos 41 y siguientes, es decir, con los supuestos indemnizatorios, establece que:

«1. Las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios.

2. La ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecida en el planeamiento no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.»

Es decir, se asume que la delimitación del derecho de propiedad –de acuerdo con la doctrina constitucional– no da lugar a indemnización¹⁴. Sin embargo, se habla de la posibilidad de que excepcionalmente se prevea en la ley algún supuesto indemnizatorio.

Partiendo de ello es cómo deben ser interpretados los supuestos de los artículos 41 y siguientes, pues son éstos, precisamente, los que recogen esas excepciones a las que se refiere el artículo 2.2 de la ley.

2. El procedimiento gradual de adquisición de facultades o derechos urbanísticos.

Como ya se ha advertido, el primer punto a tener en cuenta en algunos de los supuestos indemnizatorios que se prevén en los diversos sistemas objeto de estudio y, ya particularmente, en el nuestro,

¹³ En efecto, como bien han señalado algunos autores, por ejemplo el profesor PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Urbanístico. Instituciones básicas*, Ediciones Ciudad Argentina, Argentina, 1986, pág. 88, «Es la ordenación urbanística la que establece el contenido del derecho de propiedad, mediante la fijación tanto de los límites dentro de los cuales pueden ser ejercidas las facultades como de los deberes que han de ser cumplidos»; o el profesor JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F., «Régimen del suelo no urbanizable: problemas y perspectivas», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 8, 1994, pág. 77, «El sistema normativo regulador del régimen urbanístico de los últimos veinte años en España, descansa sobre el axioma de la inexistencia de un mínimo homogéneo de facultades ínsitas en el contenido del derecho de propiedad, sino que existen tantos derechos de propiedad como estatutos jurídicos reguladores de éste. Este concepto estatutario del derecho de propiedad ha llevado a disociar el *ius aedificandi* de las facultades propias de titular dominical, en el ámbito de la propiedad urbana».

¹⁴ Incluyendo además el *ius variandi* dentro de la potestad administrativa de planeamiento, tal y como ha dicho el Tribunal Supremo en diversas Sentencias, entre otras, en la 12 de mayo de 1987 (Ar.5255), analizadas por GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril)*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 78.

es el de en qué momento y cómo se adquieren esos derechos o facultades urbanísticas cuya privación puede dar lugar a indemnización, es decir, cuándo se patrimonializan y pasan a formar parte del patrimonio del propietario y, más concretamente, se integran en el derecho de propiedad pasando a formar parte del mismo ¹⁵. Dado que será, precisamente, ese momento a partir del cual su restricción o limitación puede ser merecedora de indemnización y no antes.

Así, la LS/1990 (cuyos contenidos fueron incorporados al TRLS/1992) inauguró un nuevo sistema en el que el propietario del suelo podía ir gradualmente incorporando a su derecho de propiedad sucesivas facultades o derechos urbanísticos, en una escala que conducía desde las meras facultades de uso y disfrute rústicas hasta la incorporación al patrimonio del propietario del suelo de una nueva edificación levantada sobre el mismo. La sucesión de facultades o derechos que podían irse incorporando a los iniciales aprovechamientos rústicos del terreno respondía a la siguiente secuencia: derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y derecho a la edificación ¹⁶.

Muchos de los elementos del citado sistema de principios de los años noventa fueron anulados por la STC 61/1997 ¹⁷, por entender que el Estado carecía de títulos competenciales para regular tales extremos. El resto fue derogado por la LS/1998 y sustituido por su vigente Capítulo II del Título I de la LS/1998 («Derechos y deberes de los propietarios») ¹⁸. En el sistema actualmente previsto en la norma estatal también se prevén una serie de derechos y facultades que se van adquiriendo gradualmente, aunque la concreción detallada del ejercicio de los mismos corresponde a la legislación autonómica (art. 12 LS/1998 y FJ 17.º STC 164/2001, de 11 de julio).

No obstante, es necesario recordar, como así lo ha hecho algún autor ¹⁹, que aunque aparentemente el TRLS/1992 pone el acento en la dimensión social del derecho de propiedad y la LS/1998 refuerza la dimensión individual, lo cierto es que las diferencias son menores de lo que parecen, sin olvidar que además los principios básicos del Derecho urbanístico español se mantienen inalterados desde 1956. Principios tan importantes a los efectos de lo aquí estudiado como el de primacía del pla-

¹⁵ En relación con la propiedad urbana, véase PAREJO ALFONSO, L., «La propiedad urbana», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995, págs. 215 y ss.

¹⁶ Véase al respecto MENÉNDEZ REXACH, A., «Estatuto de la propiedad inmobiliaria: deberes y facultades», *Revista Gallega de Administración Pública*, núm.7, 1994, págs. 69-93; y «La propiedad en la nueva Ley del Suelo», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, págs. 63-130.

¹⁷ Respecto a esta sentencia véase MENÉNDEZ REXACH, A., «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre el régimen del suelo. Comentario crítico de la STC de 20 de marzo de 1997», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 153, 1997, págs. 35-71.

¹⁸ Por lo que se refiere a los derechos y deberes del propietario en la Ley del Suelo de 1998, véanse PAREJO ALFONSO, L., «El estatuto de la propiedad urbana», en *Manual de Urbanismo*, INAP, Madrid, 2001, págs. 72-91, con especial atención a la distinción que hace el autor entre el aprovechamiento objetivo y subjetivo; MENÉNDEZ REXACH, A., «Principios generales de la legislación urbanística de la Comunidad de Madrid», *Justicia Administrativa*, núm. Extraordinario, 2003, págs. 121-145; MENÉNDEZ REXACH, A., e IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Lecciones de Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Montecorvo, Madrid, 2004, págs. 90 y ss.; respecto del suelo no urbanizable GUTIÉRREZ COLOMINA, V., «El régimen del suelo no urbanizable en la legislación estatal y autonómica», en *Manual de Urbanismo*, INAP, Madrid, 2001, págs. 250-271.

¹⁹ MENÉNDEZ REXACH, A., «La ordenación del territorio y la ordenación urbanística en la legislación estatal y de las Comunidades Autónomas», en *Manual de Urbanismo*, INAP, Madrid, 2001, págs. 29-30.

neamiento sobre la decisión individual de los propietarios respecto de la utilización del suelo (art. 2.1), la definición del contenido normal de la propiedad por los planes (art. 2.2), la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos (art. 3), o el reparto equitativo de los beneficios y cargas derivados del planeamiento (art. 5).

3. Las excepciones de los artículos 41 a 44 de la Ley del Suelo de 1998.

No obstante, no todos los supuestos comprendidos en estos preceptos pueden reconducirse a la misma hipótesis, es decir, no todos ellos recogen situaciones similares o equiparables. Por ello es preciso partir de lo que se fija en estos artículos.

A) Indemnización por alteración del planeamiento.

Dentro de este tipo de supuestos que dan lugar a indemnización hay que distinguir dos: el recogido en el artículo 41 y el del artículo 42, siendo que en el último de ellos existe además licencia en vigor cuando la alteración del planeamiento se produce.

A.1) Artículo 41 de la Ley del Suelo.

Así, en el Título V de esta ley se establecen los mencionados supuestos indemnizatorios. El primero de ellos es el previsto en el artículo 41, que recoge la indemnización por alteración de planeamiento. Concretamente, se fija la misma en los siguientes términos:

«1. La modificación o revisión del planeamiento sólo podrá dar lugar a indemnización por reducción de aprovechamiento si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para su ejecución en el ámbito en el que a dichos efectos se encuentre incluido el terreno, o transcurridos aquéllos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración.

2. Las situaciones de fuera de ordenación surgidas por los cambios del planeamiento no serán indemnizables, a excepción de lo previsto en el apartado anterior.»

En este caso, que es muy parecido al antiguo artículo 237 del TRLS, se prevé la indemnización por los perjuicios causados como consecuencia del cambio de planeamiento²⁰ y, en concreto, por la

²⁰ Entre otras sentencias en que se trata la posibilidad de indemnización por modificaciones en el planeamiento, véanse la del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1980 (Ar. 3380), en que se considera improcedente, la de 20 de mayo de 1986 (Ar. 3262), en la que además de admitir la indemnización, distingue entre la revisión y la modificación de un plan, la de 24 de abril de 1992 (Ar. 3995), la de 9 de febrero de 1999 (Ar. 1878), la de 3 de marzo de 1999 (Ar. 2426), o la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 5 de diciembre de 2003 (Ar. 73655).

reducción de aprovechamientos, si concurren determinados requisitos ²¹ y, particularmente, si no se han cumplido aún los plazos o transcurridos los mismos si la inexecución se debe a la Administración ²².

De tal modo que no se está ante la compensación de daños colaterales, como puedan ser los gastos de proyectos, sino ante una auténtica indemnización por reducción de aprovechamientos, respecto de la cual, como regla general, se tiene el deber jurídico de soportar, excluyéndose, por tanto, la responsabilidad; sin embargo, en este caso –recuérdese que se trata de una excepción a esa regla, conforme se deduce de la interpretación conjunta de estos supuestos indemnizatorios y el art. 2.2 LS–, se indemniza la reducción del aprovechamiento por el cambio de planeamiento en sí misma, tratándose de la frustración de facultades previamente otorgadas y abortadas con posterioridad por la modificación o revisión del planeamiento ²³, con anterioridad a que las mismas pudieran llevarse a la práctica, o en el caso de que éstas no hubieran sido posibles por culpa de la Administración.

Es decir, el supuesto del artículo 41 recoge una verdadera excepción a la regla general de no indemnización por la delimitación del derecho de propiedad, delimitación por el correspondiente plan que el propietario tiene el deber jurídico de soportar, dado que no se parte de que esa modificación del mismo sea desproporcionada o incorrecta, sino que, aun siendo perfectamente legítima y encajando dentro de la potestad de planificación urbanística de la Administración, causa una frustración en cuanto a los aprovechamientos del propietario, consistente en la limitación de los mismos, que el ordenamiento considera merecedora de compensación, por lo que se erige en una verdadera excepción a la regla de no indemnización en estos casos.

Y es aquí donde es preciso recurrir a la escala gradual de adquisición de los derechos o facultades urbanísticos expuesta, pues aunque el precepto no dice expresamente que se trata de derechos patrimonializados y, por tanto, ya incorporados al derecho de propiedad, eso es lo que se deduce de la regulación anterior de este supuesto –art. 237 TRLS/1992–, así como de los debates parlamentarios de la ley actual ²⁴; de tal modo que cabe afirmar su carácter expropiatorio.

²¹ En palabras del profesor MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, págs. 56-57; y conforme a la redacción del artículo 237 del antiguo TRLS, es necesaria la existencia de un aprovechamiento patrimonializado, adquirido por el cumplimiento de los deberes existentes en el proceso de ejecución del plan; la previsión en el nuevo planeamiento de un aprovechamiento patrimonializable menor que el ya adquirido conforme al plan anterior; que la diferencia de aprovechamientos no pueda físicamente materializarse según las previsiones del nuevo plan; y, finalmente, que no haya transcurrido el plazo correspondiente, salvo la excepción prevista en el párrafo tercero *in fine*.

²² En relación con el paso de los plazos véase la STS de 26 de enero de 1993 (Ar. 451), en la que se declara no procedente la indemnización, dado que el transcurso del plazo de ejecución no era imputable a la Administración.

²³ En cuanto a la distinción entre modificación y revisión, desde un punto de vista más técnico, véase JALVO MINGUEZ, J. y SANTOS DIEZ, R., «Planeamiento urbanístico», en *Manual de Urbanismo*, INAP, Madrid, 2001, págs. 219-228.

²⁴ Esclarecedora en este sentido es la tramitación parlamentaria de la norma. El actual artículo 41 de la ley fue objeto de dos frustradas enmiendas en el Congreso (enmienda 178 al que entonces era el art. 40 Proyecto) y en el Senado (enmienda 118) por parte del Grupo Parlamentario Socialista. El contenido de tales propuestas consistía en añadir al precepto el inciso «... siempre que éstos hubieran sido patrimonializados», *inciso cuya finalidad no era alterar el régimen jurídico previsto en el precepto presentado por el Gobierno, sino, simplemente, aportar mayor claridad a su enunciado* (véase la intervención en tal sentido del Diputado Socialista Sr. MORLÁN –*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, núm. 351, .../...

A.2) Artículo 42 de la Ley del Suelo.

Otro supuesto de alteración de planeamiento que da lugar a indemnización es el previsto en el artículo 42, con la peculiaridad, en este caso, de estar en vigor una licencia²⁵. Dice en concreto dicho precepto que:

«1. Si en el momento de entrada en vigor de la modificación o revisión del planeamiento se hubiera obtenido la licencia de construcción, pero aún no se hubiera iniciado la edificación, se declarará extinguida, con audiencia del interesado, la eficacia de la licencia en cuanto sea disconforme con la nueva ordenación, debiendo fijarse la indemnización, en el mismo expediente, por la reducción del aprovechamiento resultante de las nuevas condiciones urbanísticas, así como por los perjuicios que justificadamente se acrediten de conformidad con la legislación general de expropiación forzosa.

2. Si la edificación ya se hubiera iniciado, la Administración podrá modificar o revocar la licencia, fijándose la indemnización de acuerdo con lo establecido en el número anterior.»

Este precepto tiene su antecedente en el artículo 238 del TR de la Ley de 1992²⁶, en el que igualmente se distinguía entre dos supuestos en función de que se hubiese iniciado o no la edificación, pero destaca especialmente que si en la redacción actual del artículo 42 de la LS/1998 se remite a la legislación general de expropiación forzosa, la anterior redacción lo hacía a lo establecido en el artículo 55 del mismo texto legal, es decir, del TRLS/1992, que establecía un cálculo del valor de los terrenos para los cuales su propietario hubiese adquirido el derecho a edificar²⁷.

Respecto a estos preceptos cabe destacar que, aunque con la redacción anterior (TRLs/1992), se calificaban como responsabilidad patrimonial de la Administración, ya algún autor advertía de

.../...

Comisiones, Infraestructuras, 10 de diciembre de 1997-). En consecuencia, en ningún momento cuestiona el legislador que el contenido del vigente artículo 41.1 de la LS/1998 –pese a no incluir el inciso «... siempre que éstos hubieran sido patrimonializados»– es, a los efectos expuestos, el mismo que el de sus precedentes, los artículos 86.1 de la LS/1990 y 237.1 del TRLS/1992.

²⁵ En relación con el tema de las licencias, véase LÓPEZ GONZÁLEZ, I., *Las licencias municipales de edificación y las técnicas de intervención administrativa en la propiedad urbana*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1977.

²⁶ Redacción que seguía los siguientes términos: «Indemnización por alteración del planeamiento, con derecho a edificar. 1. Si en el momento de adquirir vigencia la modificación o revisión del planeamiento se hubiera patrimonializado ya el derecho a edificar, pero aún no se hubiera iniciado la edificación, se entenderá extinguida la eficacia de la licencia en cuanto sea disconforme con la nueva ordenación, debiendo indemnizarse la reducción de aprovechamiento lucrativo resultante de las nuevas condiciones urbanísticas, así como los conceptos señalados en el artículo 55 de esta ley. 2. Si la edificación ya se hubiera iniciado, la Administración podrá modificar o revocar la licencia, fijándose la indemnización de acuerdo con lo establecido en el número anterior».

²⁷ Que decía: «Los terrenos cuyo propietario tenga adquirido el derecho a edificar se tasarán añadiendo al valor urbanístico del aprovechamiento autorizado por la licencia, el 25 por 100 del coste de ejecución del proyecto para el que se obtuvo la misma y la totalidad de los gastos que, justificadamente, estén motivados por la edificación proyectada o iniciada».

su mayor cercanía a la expropiación, puesto que al fin y al cabo se trata de expropiar, aunque sea indirectamente, derechos consolidados ²⁸.

De lo que no cabe duda, aún menos que respecto del artículo 41, es de que se está ante la privación de derechos urbanísticos patrimonializados y consolidados ²⁹, como lo es el de edificación, de tal modo que se trata también de una medida de carácter expropiatorio.

B) Vinculaciones o limitaciones singulares.

Si, como se ha visto, una de las reglas generales en materia de urbanismo es la de no indemnización por delimitación del contenido normal del derecho de propiedad –art. 2 LS–, es igualmente importante recordar otro principio que inspira todo este ámbito: la equidistribución de cargas y beneficios, pues será este principio el que sirva para justificar el supuesto indemnizatorio del artículo 43, cuyo fundamento es distinto al de los anteriores ³⁰.

Así, no sólo se fijan compensaciones en los casos examinados, sino también por limitaciones singulares ³¹, tal y como establece el artículo 43 de la LS, al decir que:

«Las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares en orden a la conservación de edificios, en lo que excedan de los deberes legalmente establecidos, o que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, conferirán derecho a indemnización.»

En este caso, tributario del artículo 239 del TRLS de 1992 ³², si la vinculación o limitación especial o la restricción del aprovechamiento proviene de la conservación de edificios, parece claro que se

²⁸ Éste es el caso del profesor MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico*, op. cit., págs. 36-37; aunque dicho autor continúa diciendo que la cuantificación de los mismos dependía del momento en el que se produjera dicha modificación y que si se producía una vez terminado el proceso urbanizador pero antes de la edificación se trataría de la responsabilidad por anulación de licencias, mientras que si se producía tras la edificación se estaría ante la expropiación de la misma; siendo que en este trabajo se sostiene que en la actualidad –y tal y como se han configurado ambas instituciones: responsabilidad patrimonial y expropiación forzosa– sería más conveniente hablar de expropiación de derechos patrimoniales en el primer caso, concretamente del derecho a edificar, y de expropiación de la edificación en el segundo.

²⁹ En relación con la afectación de derechos adquiridos en el ámbito urbanístico véanse, entre otras, la STS de 12 de mayo de 1987 (Ar. 5255).

³⁰ Como recuerda MENÉNDEZ REXACH, A., «Espagne: l'indemnité des servitudes d'urbanisme», *Droit et Ville*, núm. 48, 1999, págs. 97 y 101.

³¹ Como en el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 18 de mayo de 2001 (Ar. 1390).

³² Que decía: «Indemnización por vinculaciones singulares. 1. Las ordenaciones que impusieran vinculaciones singulares en orden a la conservación de edificios, conferirán derechos indemnizatorios en cuanto excedan de los deberes legales y en la parte no compensada por los beneficios que resulten de aplicación. 2. Las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados conferirán derecho a indemnización.»

trata de una consecuencia de la función social que el mismo cumple, es decir, se debe a que por determinadas razones en esos casos concretos se imponen unas obligaciones de conservación que implican consecuencias más gravosas para ese propietario que para otros, de tal modo que es preciso comprobar si afecta o no al contenido esencial del derecho, en cuyo caso se estaría ante una expropiación no plena del mismo, en caso contrario podría optarse por aplicar la figura intermedia alemana aquí propuesta y que será expuesta más adelante, en cuanto se trata de supuestos excepcionales en que la carga es excesiva respecto del resto de propietarios por la imposibilidad de hacer una distribución equitativa de dichas obligaciones –recuérdese que el principio de equidistribución de cargas y beneficios es básico en el ámbito urbanístico–, y por tanto, justificable en el principio de igualdad; si bien es cierto que la referencia a que las mismas «excedan de los deberes legalmente establecidos» introduce un elemento perturbador que enturbia la comprensión del mismo.

Así, por un lado este precepto establece realmente la obligación de soportar esas mayores cargas, aunque a cambio de indemnización, es decir, parece que lo que quiere fijarse es una compensación de aquellas cargas que exceden de lo establecido legalmente con carácter general, pero que como consecuencia de la conservación de edificios son necesarias y de las que no cabe distribución equitativa.

Es decir, las ordenaciones que imponen esas obligaciones no son contrarias a la ley por exceder los deberes legalmente establecidos, sino que por ello –y aun siendo correctas pero inevitables de algún modo, puesto que no pueden distribuirse entre los propietarios– son merecedoras de compensación, precisamente para no vulnerar el principio de igualdad y hacer razonable y proporcional –desde el punto de vista del resultado– para el propietario la medida, al igual que se persigue con la figura alemana que será estudiada ³³.

En conclusión, el supuesto del artículo 43 encuentra su fundamento en el principio de igualdad y el fin perseguido con el mismo es hacer razonable la carga singular del propietario, ya que no cabe la equidistribución entre cargas y beneficios de otro modo y como se verá es en la que mejor encaja la figura alemana propuesta.

C) La responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos del artículo 44 de la Ley del Suelo.

Finalmente, cabe destacar el supuesto del artículo 44 que, como se expondrá, tiene alguna peculiaridad a los efectos de lo aquí examinado. Así, dice que:

«1. Serán en todo caso indemnizables los gastos producidos por el cumplimiento de los deberes inherentes al proceso urbanizador, dentro de los plazos establecidos al efecto, que resulten inservibles como consecuencia de un cambio de planeamiento o por acordarse la expropiación.

³³ En efecto, como dice GELLERMANN, M., «La propiedad urbana en Alemania», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995, pág. 293, a través de esta figura la carga o gravamen que se le impone al propietario se torna razonable.

2. Cuando se produzca la anulación de una licencia, demora injustificada en su otorgamiento o su denegación improcedente, los perjudicados podrán reclamar de la Administración el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en los casos y con la concurrencia de los requisitos establecidos en las normas que regulan con carácter general dicha responsabilidad. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.»

Este supuesto –que trae causa del art. 240 TRLS/1992³⁴– es en el que de forma más clara encaja la responsabilidad patrimonial, y de hecho, así se califica expresamente –algo que no sucede en los otros supuestos examinados–³⁵.

De un lado, se trata de daños provocados como consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración, al menos en los casos de demora o denegación improcedente de licencia³⁶ –a este respecto y aunque no sea estudiado en este punto resulta interesante tener en cuenta el debate en torno a en qué momento se adquiere el derecho a edificar–³⁷; mientras que de otro, y particularmente en relación con el primer supuesto que se recoge, el referente a los gastos ocasionados que con el cambio devienen inútiles –aunque no sea por funcionamiento anormal–. En este caso, sin embargo, lo que se indemniza no es la restricción o limitación de aprovechamientos o facultades por cambio de planeamiento o como consecuencia de acordarse la expropiación, sino los gastos que ese cambio ha supuesto, tal y como se ha tenido ocasión de examinar en múltiples sentencias del TC y, especialmente, del TS³⁸. Piénsese, por ejemplo, en el caso de haber encargado un proyecto para realizar una edificación que después se ve frustrada, es lógico que el propietario no tenga el deber jurídico de soportar ese perjuicio, que además es un daño colateral y carente del carácter volitivo.

En conclusión, el supuesto indemnizatorio del artículo 44 es el único que realmente puede calificarse de responsabilidad patrimonial de la Administración e, incluso, del legislador; siendo su fundamento la protección de la confianza legítima que el propietario tiene en el ordenamiento vigente; así pues, en el fondo se trata de la seguridad jurídica, y su finalidad la de indemnizar los gastos e inversiones que con base en esa confianza llevó a cabo el propietario y como consecuencia de la modificación de esas normas devienen inútiles³⁹.

³⁴ Cuya redacción establecía: «Licencias e indemnización. En los supuestos de anulación de licencia, demora injustificada en su otorgamiento o denegación improcedente, los perjudicados podrán reclamar de la Administración actuante el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en los casos y con la concurrencia de los requisitos establecidos en las normas que regulan con carácter general dicha responsabilidad. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado».

³⁵ En cuanto al tratamiento de la jurisprudencia véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2000, págs. 308-310.

³⁶ Lo que además, como ha señalado el profesor CLAVERO ARÉVALO, M.F., *El nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, Civitas, Madrid, 1976, págs. 119-122, conllevará unos determinados gastos.

³⁷ Es decir, si se obtiene con la licencia o ésta es meramente un control preventivo del ejercicio de un derecho preexistente, entendiéndose que dicho derecho se adquiere con anterioridad y concretamente cuando se cumplen todos los requisitos de la normativa urbanística para poder edificar, opción que se sigue en este trabajo.

³⁸ Recuérdese de forma especial la STC 28/1997 y la STS de 17 de febrero de 1998 (Ar.1677), entre muchas otras.

³⁹ En su interesante estudio de los supuestos indemnizatorios de los artículos 41 y siguientes, recogido en MENÉNDEZ REXACH, A., «Espagne: l'indemnité des servitudes d'urbanisme», *op. cit.*, pág. 101.

III. LAS *SERVITUDES D'URBANISME* DEL SISTEMA FRANCÉS ⁴⁰

Aunque, como ya se ha advertido, la opción actual del ordenamiento español en relación con la configuración del derecho de propiedad ha sido la de seguir el modelo alemán y de ahí precisamente la importancia de acudir al mismo a la hora de hallar posibles soluciones derivadas de esa configuración, resulta interesante hacer una breve mención a posibles soluciones arbitradas en otros ordenamientos y, concretamente, en el francés, en cuya Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano encontré reconocimiento este derecho ya en 1789, texto que, no debe olvidarse, es actualmente Derecho positivo en virtud de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958. El texto constitucional de 1958 –además de la asunción del texto de 1789– se limita, en lo que específicamente se refiere al derecho de propiedad a prescribir en su artículo 34 que la ley determinará los principios fundamentales del régimen jurídico de este derecho (descendiendo al nivel legal también hay que tener presentes los arts. 544 y 545 CC francés, donde se recoge una concepción liberal y amplia del derecho de propiedad).

Por tanto, y partiendo de estas distintas previsiones constitucionales, por comparación con el sistema alemán y el nuestro propio, debe descenderse a la regulación concreta del ámbito urbanístico con la finalidad de examinar qué solución se da al problema aquí examinado, es decir, si existe o no la posibilidad de indemnizar determinados perjuicios ocasionados como resultado de una regulación que incide de algún modo en el derecho de propiedad.

Pues bien, sin entrar en una explicación exhaustiva del urbanismo en Francia ⁴¹ y teniendo en cuenta la amplitud con que el término *servitudes* es utilizado en este sistema, destacan dos previsiones recogidas en el Código de urbanismo francés. La primera de ellas es en cierto modo similar a lo establecido en el artículo 2 de la LS/1998, es decir, la regla general de no indemnización por las restricciones impuestas por la normativa urbanística, con dos excepciones que serán analizadas seguidamente. La segunda, por el contrario, resulta peculiar: la garantía de estabilidad de las reglas de urbanismo, lo que, como se verá, enlaza de alguna manera con el principio de protección de la confianza legítima.

Pero con anterioridad a entrar en el estudio de los supuestos indemnizatorios en el Derecho urbanístico francés es necesario hacer dos precisiones, pues de otro modo no se comprenderán dichas excepciones en su contexto. En primer lugar, hay que conocer el empleo del término *servitudes d'urbanisme* ⁴², que es desconocido con tal significado en nuestro ordenamiento y, como se verá, también en el alemán. Un segundo elemento a tener en cuenta es el concepto de derecho de propiedad y su vinculación con el de construcción, siendo muy interesante a este respecto hacer una breve referencia a la evolución experimentada por este derecho.

⁴⁰ Respecto a la noción de *servitudes d'urbanisme*, véase la tesis de DROBENKO, B., *Les servitudes d'urbanisme. Contribution a l'elaboration de la notion en Droit français*, Limoges, 1990.

⁴¹ En relación con la propiedad urbana en este sistema, aunque ha sufrido posteriores reformas importantes, véase MODERNE, F., «Propiedad privada y urbanismo», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995, págs. 304-326.

⁴² Al respecto véase, entre otros, BIASCA, P., «Permis de construire et servitudes d'urbanisme», *Gazette du Palais*, 1971 (1.º sem.), págs. 252-254; VIDAL, H., «Servitudes d'urbanisme et expropriation», *Recueil Dalloz*, 1976, 16.º cahier, Chron., págs. 11-1.114.

En cuanto al primero de los puntos a desarrollar, la extensión del término *servitudes*, hay que partir de que cuenta con distintas acepciones en el Derecho francés y que además de ser un término propio del Derecho Civil también lo es del Derecho Administrativo. En este último ámbito que es el que aquí interesa es utilizado también de una doble forma: de una parte, como carga que grava las propiedades privadas en beneficio del dominio público⁴³, como el caso de las servidumbres impuestas a las propiedades colindantes con vías públicas⁴⁴, en un sentido por tanto que encuentra ciertas similitudes en nuestro sistema en el que también se encuentran ejemplos de este tipo de cargas en multitud de leyes de dominio público: costas, aguas, carreteras, etc.

Sin embargo, es la segunda acepción propia del Derecho Administrativo la que aquí interesa, pues el término *servitudes* también sirve para designar una restricción del derecho de propiedad en interés de todos, siendo así que por extensión esta palabra se aplica a toda restricción administrativa del derecho de propiedad y, particularmente, a las reglas del urbanismo⁴⁵.

1. Breve evolución del derecho de construcción en Francia.

1.A) La amplia concepción del derecho de propiedad.

Como ya se ha advertido, uno de los elementos determinantes de la existencia de indemnización en determinados supuestos se refiere al derecho de construcción o edificación y su vinculación con el derecho de propiedad. Pues bien, si el momento en que este derecho se patrimonializa e incorpora al derecho de propiedad es una cuestión debatida en casi todos los ordenamientos, en el caso francés aún resulta más interesante hacer una breve referencia a la evolución de la regulación de este derecho.

Así, tradicionalmente el concepto de propiedad en el Derecho francés, como ya se ha visto, gozaba de una gran amplitud que incluía el derecho a construir –art. 552 CC⁴⁶–; sin embargo, y a partir especialmente de 1804, cada vez en mayor medida se fueron aprobando leyes y reglamentos

⁴³ Respecto a los privilegios en general de estos bienes véase CLIMENT BARBERÁ, J., «Perspectivas de la titularidad de bienes de dominio público y la idea de competencia», en *Libro Homenaje al Prof. Juan Galván Escutia*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Valencia, 1980, págs. 120-122; en cuanto a la teoría del dominio público, entre otros, téngase en cuenta VERGARA BLANCO, A., «La teoría del dominio público: el estado de la cuestión», *Revista de Derecho Público*, núm. 114, 1989, págs. 27 y ss., y, finalmente, en cuanto a las afectaciones a *non domino* ESTEVE PARDO, J., «Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones a *non domino*», *RAP*, núm. 113, 1987, págs. 181 y ss. Resulta interesante también en cuanto a la relación entre dominio público y privado, en este caso en Francia, FRANCH I SAGUER, M., «Imbricación del dominio público y privado», *RAP*, núm. 139, 1996, págs. 419-443.

⁴⁴ A este respecto y también en relación con la posibilidad de resarcimiento de los daños que resultan para los colindantes por la variación del trazado de las vías públicas, véase el estudio del profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisprudenciales», *RAP*, núm. 67, 1972, págs. 180-196.

⁴⁵ Tal y como se ha definido por ROUQUETTE, R., «Servitude», en *Dictionnaire de Droit administratif*, Le Moniteur, Paris, 2002, págs. 748-749.

⁴⁶ Conforme al mismo, la propiedad del suelo comporta la propiedad de la superficie como del subsuelo y que el propietario puede hacer en la superficie todas las plantaciones y construcciones que juzgue oportunas.

que han ido condicionando el derecho de propiedad, aunque en principio dentro del mismo siguiera subsistiendo el derecho a edificar.

En efecto, en teoría este principio se ratifica con la Ley de 31 de diciembre de 1975, en la que se regula el *plafond légal de densité*, del cual se hace eco el artículo L.112-1 del Código de urbanismo en unos términos muy interesantes, pues dice que el derecho a construir está vinculado al de la propiedad del suelo y que se ejerce en el respeto de las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a la utilización del suelo, sin embargo, más allá del *plafond légal de densité*, allí donde sea fijado, el ejercicio del derecho a construir es de la colectividad en las condiciones fijadas en el propio Código de urbanismo.

Cabe destacar además que durante la redacción del citado artículo L.112-1 del Código de urbanismo se propuso la disociación entre el derecho de propiedad y el derecho a construir, así como el reconocimiento expreso de la función social de la propiedad, propuesta que, sin embargo, fue rechazada⁴⁷.

Este precepto, no obstante, ha sido modificado por las razones que seguidamente serán expuestas en relación con la figura del *plafond légal de densité* por la Ley número 2000-1208, de 13 de diciembre de 2000⁴⁸, haciendo desaparecer en la nueva redacción la mención citada a que el derecho a construir está vinculado al de la propiedad, pero no porque no se considere así sino porque precisamente y pro futuro desaparece ese límite a partir del cual el derecho a construir deja de ser del propietario y pasa a ser de la colectividad. Por ello resulta interesante hacer una breve referencia a la figura del *plafond légal de densité*.

1.B) El *plafond légal de densité*.

El Derecho urbanístico francés desde los años 50 del siglo XX a la actualidad ha previsto y prevé toda una serie de imposiciones específicas que gravan a los constructores, con la finalidad principal de que parte de la riqueza que genera su actividad revierta en la financiación del urbanismo (la *taxe locale d'équipement*, la *taxe départementale des espaces naturels sensibles*, participaciones para aparcamientos públicos, para viales, etc.). De todos esos gravámenes, el más polémico de las últimas décadas, tanto por sus efectos prácticos como por su incidencia dogmática sobre el derecho de propiedad, ha sido el denominado *plafond légal de densité*⁴⁹.

El *plafond légal de densité* (en adelante, PLD) fue instaurado por Ley de 31 de diciembre de 1975, y puede definirse como el límite superior de densidad de edificación que es posible admitir

⁴⁷ Tal y como ponen de manifiesto en relación con esta evolución BOUYSSOU, F. ET GALAN, P., «France: la notion indemnisation des servitudes d'urbanisme», *Droit et Ville*, núm. 48, 1999, págs. 115 y ss.

⁴⁸ Y más concretamente por su artículo 50-III.

⁴⁹ Al respecto véanse, entre otros, PERIGNON, S., *Le nouvel ordre urbanistique. Urbanisme, propriété, libertés*, Les Editions du Cridon, París, 2004, págs. 47 y ss.; y JACQUOT, H. ET PRIET, F., *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 5.ª ed. París, 2004, págs. 471 y ss., en concreto, 491 y ss.

sobre una parcela sin que su propietario tenga que pagar por ello a la colectividad; el propietario que quiere edificar por encima del PLD (siempre, claro está, respetando los límites edificatorios impuestos por el planeamiento) debe pagar a la Administración el valor del terreno cuya adquisición sería en principio necesaria para que la densidad de edificación no excediera del PLD.

Desde un punto de vista práctico, el PLD nació como una medida destinada a luchar contra la especulación, a evitar una densificación elevada de los centros de las ciudades, y a aumentar los recursos económicos de los ayuntamientos. A la hora de la verdad, el PLD ha creado problemas como el estancamiento de la construcción en el centro de las ciudades y la urbanización dispersa y especulación urbanística en la periferia.

Desde un punto de vista teórico, «sous l'apparence d'une mesure fiscale (...) le PLD apparaissait bien comme une collectivisation partielle de l'espace constructible au-delà d'un certain quantum»⁵⁰. Supone un desdoblamiento parcial del ejercicio del *ius aedificandi* respecto del derecho de propiedad; el *ius aedificandi* en parte, hasta el límite del PLD, sigue estando indisolublemente unido al derecho de propiedad («Le droit de construire est attaché à la propriété du sol», primer párrafo del art. L. 112-1 Código de urbanismo en la redacción dada por la citada Ley de 1975), pero por encima de tal límite el propietario no puede ejercer tal derecho si no lo adquiere de la colectividad pagando la cantidad correspondiente («Au-delà du plafond (...) l'exercice du droit de construire relève de la collectivité», art. L 112-1 *in fine* en la redacción de 1975); ello ha sido calificado por amplios sectores de la doctrina francesa como «une des plus grandes offensives qu'ait connues le droit de propriété»⁵¹.

Los expuestos problemas prácticos y dogmáticos han hecho que el legislador francés haya ido poco a poco rectificando. Así, con la Ley de 23 de diciembre de 1986 se atribuyó al PLD un carácter facultativo para los ayuntamientos (el que quería lo aplicaba y el que no, no); y con la vigente Ley de 13 de diciembre de 2000, se impide la posibilidad de que los ayuntamientos puedan instaurar nuevos PLDs, sin perjuicio de que los existentes a 31 de diciembre de 1999 puedan seguir en vigor mientras los respectivos ayuntamientos lo deseen.

Es desde estos planteamientos como necesariamente hay que entender la derogación por la Ley de 13 de diciembre de 2000 del antes reproducido primer párrafo del artículo L. 112-1 («Le droit de construire est attaché à la propriété du sol»), no es que la Ley de 2000 haya desvinculado tales derechos, todo lo contrario, lo que sucede es que al ser derogado el PLD, el expuesto «hommage hypocrite» al derecho de propiedad (PERIGNON, pág. 48) que el legislador de 1975 incluyó en el desaparecido párrafo primero del artículo L. 112-1 del *Code*, ya no es necesario. Hoy en día, en Francia, salvo en los municipios donde se conserve el PLD (en donde desplegará ultraactividad la derogada redacción del art. L 112-1), el derecho a construir pertenece íntegramente al propietario del terreno, y podrá ejercerlo conforme a lo que en cada caso le permitan las normas urbanísticas aplicables sin tener que pagar a la Administración cantidad alguna por el ejercicio de ese derecho (sin perjuicio de la incidencia de otros gravámenes urbanísticos por otros conceptos diferentes).

⁵⁰ PERIGNON, S., *Le nouvel ordre urbanistique. Urbanisme, propriété, libertés, op. cit.*, pág. 48.

⁵¹ *Idem*.

2. Excepciones a la regla de no indemnización: artículo L.160-5 del *Code de l'urbanisme* ⁵².

La primera de las previsiones señaladas del Código de urbanismo francés se establece en el artículo L.160-5, y viene a decir que como regla general no hay derecho a indemnización por las servidumbres –recuérdese que en el sistema francés este término goza de gran amplitud, comprendiendo no sólo lo que en nuestro ordenamiento se entiende por servidumbres, sino también otras medidas que conllevan restricciones o limitaciones en el derecho de la propiedad– establecidas por dicho Código en materia de limpieza, de higiene y de estética o para otros objetos y que conciernan, particularmente, a la utilización del suelo, la elevación de las construcciones, la proporción de superficie edificable y no edificable en cada propiedad, la prohibición de construir en ciertas zonas y en el borde de ciertas vías, la repartición de los inmuebles entre diversas zonas.

De este modo, en principio aquellas medidas –por lo demás muy diversas, como se deduce del precepto y cuya enumeración no es exhaustiva sino que queda abierta– que inciden en la propiedad y fundamentalmente en sus usos, carecen de indemnización ⁵³. No obstante, en el segundo párrafo del citado precepto se fijan las excepciones a esa regla general al igual que sucede en nuestro sistema respecto del artículo 2 de la LS y las excepciones de los supuestos indemnizatorios de los artículos 41 a 44 del mismo texto legal, aunque, como se verá a continuación, tales excepciones se configuran de distinta forma en el sistema francés.

En efecto, el artículo L.160-5, tras enunciar la regla general, habla de las excepciones en el segundo párrafo, donde dice que, no obstante, hay indemnización si como consecuencia de esas servidumbres se produce un atentado a derechos adquiridos o una modificación del estado anterior determinante de un daño directo, material y cierto.

Por tanto, son dos nociones bien diferentes las que emplea el sistema francés para dar cabida a la excepción de la regla de no indemnización: de un lado, la de derechos adquiridos y, de otro, la de modificación del estado anterior, exigiendo la producción de un daño directo, material y cierto.

Sin duda, y a pesar de que será la jurisprudencia, muy especialmente la del Consejo de Estado ⁵⁴, la que determine en cada caso concreto si se da o no alguna de las excepciones ⁵⁵, lo cierto es que ya en una primera aproximación parece claro que la opción francesa, al igual que la española y, como se verá, la alemana, es partir de la protección de los derechos adquiridos.

⁵² Véase al respecto, AUBY, J-B., «Le principe de non-indemnisation des servitudes instituées par application du code de l'urbanisme (article L.160-5 du Code de l'Urbanisme)», *Droit et Ville*, núm. 10, 1981, págs. 171-187.

⁵³ Este principio de no indemnización fue introducido por el artículo 15 del Decreto-Ley de 25 de julio de 1935 y aplicado en el marco de la Ley de 28 de diciembre de 1941, tal y como se explica en VV.AA., *Code de l'urbanisme, commenté*, 14.º ed., Dalloz, París, 2005, pág. 337.

⁵⁴ En relación con la aplicación de esta regla en la jurisprudencia, véase VV.AA., *Code de l'urbanisme, commenté, op. cit.*, págs. 337-341.

⁵⁵ Entre otras resoluciones recientes en que el Consejo de Estado estudia la aplicación del artículo 160-5 del Código de urbanismo, véanse el *arrêt* de 7 de enero de 2000 (núm. 187042); el de 29 de junio de 2001 (núm. 210217); el de 25 de abril de 2003 (núm. 237888); o el de 29 de diciembre de 2004 (núm. 257804).

De otro lado, y al igual que en el sistema español, el citado precepto francés no califica estas indemnizaciones ni de expropiación ni de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que las configura como excepciones a la regla general de no indemnización –aunque en alguna ocasión la doctrina y la jurisprudencia hablan de responsabilidad sin culpa basada en el principio de igualdad, sigue siendo un tema controvertido–. De lo que tampoco parece quedar duda es de las diferencias existentes entre ambos tipos de excepciones y la justificación de cada una de ellas.

Así, y por lo que se refiere al primer supuesto –lesión de derechos adquiridos–, que es la opción más importante del sistema francés, se aproxima a los supuestos en que en nuestro sistema se priva o se restringen derechos patrimoniales consolidados, por ejemplo, los derechos a urbanizar o edificar; posibilidad esta que, como ya se ha visto, parece encontrar encaje en el artículo 42 de la LS de 1998, sin olvidar que a pesar de la ausencia de calificación –se insiste–, conforme a la postura mantenida en este trabajo, cuando en nuestro sistema nos encontremos ante la privación de alguno de esos derechos se estaría ante un supuesto expropiatorio.

Por lo que se refiere a la segunda de estas reglas, se opta por una configuración general en lugar de por fijar los casos concretos en que cabría esa indemnización, a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento, de lo que parece deducirse la mayor amplitud del modelo francés, sin embargo, será la jurisprudencia la que restrinja esos supuestos. La indemnización por modificación del estado anterior determinante de un daño directo, material y cierto es un supuesto que se aproxima a la protección de la confianza legítima, y parece amparar todo cambio que produzca un daño con las características expuestas; piénsese, por ejemplo, en una modificación de un Plan de Ordenación del Suelo (POS); no obstante, en la práctica esta excepción no se aplica como consecuencia del principio de irretroactividad ⁵⁶, es decir, y como se verá en el epígrafe siguiente, el sistema francés adopta determinadas medidas tendentes a salvaguardar la seguridad jurídica de los propietarios, de tal modo que se trata de evitar en lo posible que las nuevas regulaciones les afecten con carácter retroactivo.

En conclusión, de lo examinado cabe afirmar que en la práctica el Consejo de Estado viene exigiendo, para conceder la correspondiente indemnización, que la restricción o limitación –*servitudes d'urbanisme*– suponga un atentado a derechos adquiridos, que cause un perjuicio directo, material y cierto y, normalmente, se exige también, aunque la norma no lo prevé, que se trate de una carga anormal o especial, por lo que hay quien tiende a calificar esos supuestos como responsabilidad sin culpa basada en el principio de igualdad ⁵⁷, pues a pesar de tratarse de derechos adquiridos en alguna ocasión, el Consejo de Estado ha llegado a afirmar que una servidumbre por grave que sea no se califica como expropiación ⁵⁸. Sin embargo, se trata de una cuestión aún controvertida.

⁵⁶ Tal y como han destacado BOUYSSOU, F. ET GALAN, P., «France: la notion indemnisation des servitudes d'urbanisme», *op. cit.*, pág. 120.

⁵⁷ Como explican BOUYSSOU, F. ET GALAN, P., «France: la notion indemnisation des servitudes d'urbanisme», *op. cit.*, págs. 123 y 127, entre otras.

⁵⁸ Como en el *arrêt* de 13 abril de 1983, núm. 29833.

De tal modo, y al margen de otros supuestos indemnizatorios, como en el caso de una licencia ilegalmente denegada –art. 600-2 Código de urbanismo–, los previstos en el artículo L. 160-5 del citado texto legal se restringen en la práctica a los atentados a derechos adquiridos –noción, como se ha visto, básica a este respecto también en nuestro ordenamiento–, siempre que causen un daño directo, material y cierto y supongan una carga anormal y especial, siendo por tanto su fundamento el principio de igualdad ante las cargas públicas y su fin el compensar, fundamentalmente, las inversiones que devienen inútiles –como algún supuesto de la LS española–; y por lo que la jurisprudencia ha optado por una noción estricta de los derechos adquiridos, combinada con la noción de perjuicio directo, material y cierto, y no sin aludir también al carácter anormal y especial del perjuicio –que se encuentra en toda situación de responsabilidad administrativa sin culpa fundada en el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas–⁵⁹, a pesar de todo ello sigue existiendo un importante debate en torno a su correcta calificación.

Finalmente, resta señalar que el Consejo de Estado –haciéndose eco de la doctrina del TEDH– admite igualmente la indemnización cuando el propietario soporta una carga especial y exorbitante, que resulta desproporcionada al fin de interés general perseguido, pues en tal caso no cabe aplicar el principio de no indemnización, evidentemente porque la medida no supera el requisito de la proporción. Además de este modo, y partiendo de esa interpretación, se garantiza la compatibilidad del artículo L.160-5 del Código de urbanismo con el CEDH⁶⁰.

En este último caso el Consejo de Estado francés, siguiendo una interpretación del CEDH que aquí se comparte y la jurisprudencia del TEDH, entiende que éste es un supuesto diferente a los del artículo L.160-5 del Código de urbanismo francés y que por ello dicho precepto no vulnera el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH⁶¹, así viene a fijar un tercer supuesto que se suma a los dos expuestos –aunque como se ha dicho uno de ellos no tiene apenas aplicación práctica–, cuyo fundamento y calificación es diferente. Se entiende que al tratarse de una medida ilegal, por no superar el test de la proporcionalidad, se enmarca en la responsabilidad con culpa del modelo francés⁶², de tal modo que su fundamento se encuentra en la actuación ilegítima de la Administración y su finalidad es reparar el daño causado por esa actuación ilegal que el particular no tiene el deber jurídico de soportar.

⁵⁹ Así es cómo lo explican BOUYSSOU, F. ET GALAN, P., «France: la notion indemnisation des servitudes d'urbanisme», *op. cit.*, págs.123-124.

⁶⁰ Tal y como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado en su *arrêt* de 3 de julio de 1998 (núm.158592).

⁶¹ En cuanto a la influencia que ha supuesto el CEDH en el sistema francés respecto al derecho de propiedad y, muy especialmente, en relación con su protección, véase TRÉMEAU, J., «Le référé-liberté instrument de protection du droit de propriété», *AJDA*, núm. 13, 2003, pág. 657; por lo que se refiere a dicha protección, véase también LAVIALLE, Ch., «Le jude administratif et l'exception de propriété», *RFDA*, núm. 3, 2004, págs. 497-505.y en cuanto a dicha influencia en relación con el ámbito urbanístico BOUYSSOU, F., «Respect du droit de propriété et droit de l'urbanisme», *AJDA*, núm. 40, 2003, págs. 2.135-2.141.

⁶² Como así lo han entendido BOUYSSOU, F. ET GALAN, P., «France: la notion indemnisation des servitudes d'urbanisme», *op. cit.*, pág. 123.

3. La garantía de estabilidad de las reglas de urbanismo del artículo L.315-8 del *Code de l'urbanisme*.

Muy vinculada con el principio de seguridad jurídica y en cierto modo con el de protección de confianza legítima se encuentra la segunda de las reglas mencionadas, la recogida en el artículo L.315-8 del Código de urbanismo francés.

En este precepto y con la finalidad de evitar esa incertidumbre que provocan en muchas ocasiones los cambios en las normas de urbanismo, se establece una regla que difiere de lo examinado en relación con nuestro sistema. En concreto, fija un plazo de cinco años a contar desde la terminación de una urbanización, siempre que se den las condiciones previstas por decreto del Consejo de Estado, en el que no pueden ser denegados los permisos de construcción o imponerles prescripciones especiales sobre el fundamento de disposiciones de urbanismo que intervienen con posterioridad a la autorización de urbanización⁶³.

Sin duda, la finalidad de éste y otros preceptos del citado texto legal en esa misma dirección es la de armonizar, en el ámbito de la urbanización, la evolución de las normas de planeamiento con la garantía de un mínimo de seguridad jurídica⁶⁴; y, por lo que respecta a este precepto en concreto, y tal y como ha afirmado el Consejo de Estado, la de garantizar al beneficiario de una autorización de urbanización la estabilidad de las reglas de urbanismo, al menos, durante un período de cinco años, sin que, en consecuencia, resulte aplicable a estos casos la indemnización fijada en el artículo L.160-5 del mismo Código⁶⁵.

Finalmente, es necesario recordar la peculiaridad de esta disposición respecto a la solución dada en nuestro sistema. Y es que el artículo 42 de la LS/1998, lo que prevé en caso de modificaciones o revisiones de planeamiento es la extinción de las licencias de construcción previamente concedidas que resulten contrarias a la nueva normativa (extinción imperativa si aún no se ha comenzado a edificar, y si la edificación ya se hubiera iniciado facultativa –también se prevé la posibilidad de modificar la licencia–), con las consiguientes indemnizaciones.

⁶³ Con las salvedades establecidas en los artículos L.315-3, 4 y 7, relativas fundamentalmente a la posibilidad de acordar cambios por parte de los propietarios en los documentos de urbanización.

⁶⁴ Tal y como así se expone en el comentario general a los artículos del Código de urbanismo dedicados a la urbanización, recogido en VV.AA., *Code de l'urbanisme, commenté, op. cit.*, pág. 421.

⁶⁵ Así lo ha manifestado en su *arrêt* de 29 de junio de 2001 (núm. 210217), por entender que la intervención de un POS modificado no es obstáculo para que el beneficiario de una autorización de urbanización lleve a término su proyecto inmobiliario, al beneficiarse de una garantía de estabilidad de las reglas de urbanismo durante el plazo de cinco años.

IV. LAS DETERMINACIONES Y LIMITACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD INCLUIDAS EN LAS REGLAS DE URBANISMO: LA OPCIÓN DEL MODELO ALEMÁN

1. La figura alemana de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*.

En el sistema alemán existe una figura en cierto modo híbrida, que se ha dado en llamar la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung* y que vendría a ser el «principio de la delimitación del contenido con obligación de indemnizar».

Se trata de un principio –cuyo origen se ha fijado en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional⁶⁶– con base no sólo en el artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn, sino también en el artículo 19.2 de la misma, es decir, los principios de proporcionalidad, confianza e igualdad, y circunscrito a supuestos en que puedan ser suprimidas o menoscabadas situaciones jurídicas subjetivas que el particular haya adquirido y puedan ser consideradas merecedoras de compensación⁶⁷.

En efecto, la doctrina ha entendido que esta posibilidad de que en determinados supuestos en los que la delimitación por función social –aun siendo ésta correcta– dé lugar a indemnización, se trata de una figura intermedia, pero no de responsabilidad patrimonial de la Administración –aunque es cierto que en el caso alemán hay que tener en cuenta que no se configura ésta del mismo modo que en España–, y que encuentra su germen en varias sentencias del Tribunal Constitucional Federal, y, más concretamente, en varias sentencias de los años 60-70⁶⁸, consolidándose definitivamente en la de 14 de julio de 1981⁶⁹.

No obstante, y aunque el nacimiento o configuración como tal de la llamada «delimitación del contenido con obligación de indemnizar» –*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*– se sitúe en dichas sentencias, no debe olvidarse que la Ley Federal de la Construcción, de 23 de junio de 1960 –modificada parcialmente por otra de 1 de enero de 1977–, ya preveía indemnizaciones por delimitación del derecho de propiedad cuando se limitasen o disminuyesen los posibles aprovechamientos lícitos del suelo⁷⁰, –ámbito el urbanístico en el que, como se verá, encaja perfectamente esta institución–.

Se trata, en concreto, de modificaciones en la delimitación del derecho de propiedad que conllevan reducción de facultades y afectan a posiciones jurídico-subjetivas que se adquirieron legíti-

⁶⁶ Entre otras, en Sentencias como la de 10 de mayo de 1977, o la de 12 de junio de 1979 o la de 14 de julio de 1981.

⁶⁷ En cuanto a la jurisprudencia del citado BVerfG en fechas más recientes, pueden verse las Sentencias de 16 de septiembre de 1998, 1 BvL 21/94, Absatz-Nr. (1 - 53), la de 26 de agosto de 2002, 1 BvR 142/, Absatz-Nr. (1-36).

⁶⁸ Al respecto, véanse las citadas en la Sentencia de 14 de julio de 1981.

⁶⁹ Urteil de 14 de julio de 1981, 1 BvL 24/78, (z.B. BVerfGE 58, 137).

⁷⁰ Tal y como recuerda PAREJO ALFONSO, L., «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (III)», *op. cit.*, págs. 34-35.

mamente, aprovechamientos legítimamente adquiridos –*Bestandschutz*–⁷¹. Valgan de ejemplo, la disminución del valor jurídico de la finca o la suspensión de licencia⁷², medida esta última tendente a asegurar la viabilidad futura de una nueva ordenación aún en proyecto⁷³.

En fin, se trata de dar respuesta a la pregunta de ¿hasta dónde debe soportar el propietario la delimitación sin indemnización de su propiedad?, y, así, el Tribunal Constitucional Federal dice que existe un umbral más allá del cual, –y sin llegar al contenido esencial, pues en tal caso se estaría ante una expropiación–, son indemnizables los límites impuestos al derecho de propiedad; aunque –como ya se ha dicho–, los mismos sean correctamente impuestos, y, especialmente, por ser posiciones jurídicas subjetivas consolidadas legítimamente y reducidas o suprimidas más tarde como consecuencia de un cambio de regulación, en este caso, de delimitación del derecho de propiedad.

2. El derecho a construir y el artículo 14 de la *Grundgesetz*

Como ya se ha insistido en sucesivas ocasiones, el problema de indemnizar determinadas restricciones del derecho de propiedad es común a los tres sistemas expuestos: el español, el francés y el alemán, y aunque las soluciones se basen en uno u otro fundamento, el resultado viene a ser muy parecido: la regla general de no indemnización se exceptúa en determinados supuestos que se entienden merecedores de ser compensados.

Pues bien, en el ordenamiento germánico existen dos figuras intermedias entre la expropiación y la responsabilidad que dan cobertura a las delimitaciones de la propiedad que causan daños merecedores de ser compensados, si bien como una de ellas: la *rechtswidrige Beeinträchtigung*, permite la indemnización ante actuaciones antijurídicas de la Administración que afectan a la propiedad no resulta interesante para nuestro sistema por encuadrarse tal supuesto en la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del sistema español; mientras que la otra: la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, resulta muy idónea para amparar determinadas indemnizaciones por delimitaciones correctas y legítimas del derecho de propiedad, que es al fin y al cabo lo que ocurre como algunos de los supuestos indemnizatorios del derecho urbanístico estudiados en este trabajo.

Una vez apuntado esto y desde el punto de vista adoptado en este momento, es decir, los supuestos indemnizatorios de determinadas restricciones urbanísticas, cabe partir, como se ha hecho

⁷¹ De los que habla KIMMINICH, O., «La propiedad en la Constitución Alemana», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Comparado*, Tecnos–Junta de Andalucía, Madrid, 1995, pág. 161.

⁷² A este respecto resulta interesante la distinción entre figuras afines, como la suspensión del planeamiento, la suspensión de licencias o la suspensión del otorgamiento de licencias por diversas causas, que hace BARBERÁ BARBERÁ, J., *Suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas por formación de instrumentos de planeamiento*, Ediciones RGD, Valencia, 2001, págs. 42 y ss.

⁷³ Y que, como explica PAREJO ALFONSO, L., «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (III)», *op. cit.*, pág. 51, se circunscribe al ámbito que vaya a ser afectado por dicha nueva ordenación y tiene como contenido la prohibición de todo acto edificatorio de nueva planta o de modificación, ampliación o incremento de valor de las edificaciones existentes.

al estudiar el resto de sistemas, del concepto de derecho a edificar y su relación con el derecho de propiedad para pasar más tarde al análisis de las excepciones concretas que este sistema prevé a la regla general de no indemnización.

El derecho de propiedad en el sistema alemán es un derecho fundamental reconocido en el artículo 14 de la GG e interpretado por el Tribunal Federal Constitucional. Sin embargo, es a nivel doctrinal donde surge el debate respecto a la relaciones entre el derecho de propiedad y el derecho a construir, siendo así que cabe la opción de entender que el segundo deriva del primero o que surge con el permiso de construcción, debate que aún no parece estar zanjado a nivel doctrinal, aunque la jurisprudencia parece inclinarse por la primera posibilidad, entendiendo que el derecho a construir deriva del propio derecho constitucional y que el permiso no es más que la constatación formal de los requisitos para ejercerlo ⁷⁴.

Sobre lo que no hay duda es que la regla general, al igual que en España y Francia, es la ausencia de indemnización por restricciones o limitaciones impuestas por las reglas de urbanismo, en la medida en que no presenten excepcionalmente un carácter expropiatorio.

3. Los supuestos excepcionales de indemnización del *Baugesetzbuch*.

Aunque de lo expuesto con anterioridad pudiera pensarse que el sistema alemán excluye toda indemnización por delimitación del contenido normal del derecho de propiedad, lo cierto es que se hace eco de supuestos muy parecidos a los estudiados con anterioridad en los §§ 39 a 44 del *Baugesetzbuch*, dándoles una solución en cierto modo parecida a la que aquí se propone para algunos supuestos indemnizatorios de la LS española, aunque desde la perspectiva de las diferencias existentes entre los dos sistemas respecto de las tres instituciones en juego: expropiación, responsabilidad y delimitación del derecho de propiedad.

En concreto, en los artículos citados del Código de urbanismo alemán se prevén supuestos indemnizatorios por perjuicios irrogados como consecuencia de la planificación, distinguiendo tres tipos de casos: en primer lugar –§ 39–, la indemnización a personas de buena fe por los gastos realizados, es decir, de forma similar al artículo 44 de la Ley española se trata de dar cobertura a las inversiones realizadas por la confianza legítima en el sistema vigente; en los §§ 41 y 42 se regula la indemnización por las determinaciones perjudiciales de las medidas de planificación, como las superficies destinadas a necesidades públicas, cargas y contratiempos contenidos en el plan, lo que podría responder, al igual que el artículo 43 de nuestra LS, a las cargas singulares que merecen ser compensadas con base en el principio de igualdad; finalmente, en el § 42 se prevé la indemnización por la supresión o modificación de una utilización lícita, siempre que cumpla con determinados requisitos y realmente en la práctica hiciese uso de esa facultad, lo que recuerda a los supuestos de los artículos 41 y 42 de nuestro orde-

⁷⁴ Así lo pone de manifiesto DAVID, C-H., «Allemagne: l'indemnisation des servitudes d'urbanisme», *Droit et Ville*, núm. 48, 1999, pág. 19.

namiento. Considerándose que en estos casos lo que se persigue indemnizar es la diferencia de valor del terreno antes y después de la decisión de planificación ⁷⁵.

4. La *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung* como coherente justificación de algunos supuestos indemnizatorios urbanísticos: los §§ 39 a 44 del *Baugesetzbuch*.

Como se ha podido comprobar, estas hipótesis son similares a las de nuestro sistema y encuentran justificación en los mismos fundamentos, sin embargo, es importante destacar la doctrina elaborada al respecto por el Tribunal Federal Constitucional, quien entiende que hay que tener en cuenta la posibilidad excepcional de que la fijación del contenido de propiedad conlleve indemnización, que es precisamente a lo que responde la figura intermedia examinada, aunque también hay que precisar que en el Derecho alemán se ha venido considerando que en estos casos se trata de medidas de efectos expropiatorios que aunque no encajan en el artículo 14.3, pues no son expropiaciones *strictu sensu*, sí merecen ser indemnizadas por ampararse en el derecho de propiedad protegido en la Constitución.

Es decir, además de los supuestos estrictamente de expropiación se viene aceptando que hay otros atentados a la propiedad calificables de carácter expropiatorio desde el punto de vista constitucional, lo cual se determina a través de criterios como el de la gravedad, sacrificio especial, etc.

Así, se entiende que aunque muchas reglas de urbanismo limitan el derecho a construir o vinculan su ejercicio al cumplimiento de una serie de deberes, se trata de la delimitación del derecho de propiedad –art. 14, párrafo primero, línea segunda– o la concretización del principio de «propiedad obligada» –art. 14, párrafo segundo–, y que por ello debe ser aceptada de manera general por los propietarios sin indemnización. Esta construcción constitucional permite un gran margen de maniobra a la Administración en materia de planificación urbanística, sin embargo, y además de la expropiación del artículo 14.3 GG, existen también decisiones de planificación de la Administración sometidas a la obligación de indemnizar en razón de su carácter expropiatorio, las cuales esconden particularmente la privación o gravan con cargas los derechos de construir; siendo así que el derecho urbanístico prevé a este respecto en los §§ 39 y siguientes del Código de urbanismo, bajo la calificación de perjuicios de planificación, disposiciones de indemnización que tienen en cuenta la situación constitucional, sin necesidad de hacer referencia expresamente.

En resumidas cuentas y partiendo de la concepción del derecho a construir, una vez que éste se ha adquirido pasa a formar parte del derecho de propiedad garantizado en la Constitución y por ello el atentado al mismo supone una medida con efectos expropiatorios digno de ser indemnizado.

Como puede comprobarse, en el fondo subyace la misma idea propuesta aquí respecto al modelo español: una vez que se adquieren y patrimonializan los derechos urbanísticos pasan a formar parte de la propiedad, siendo su privación o restricción una medida de carácter o efectos expropiatorios.

⁷⁵ Así lo explica DAVID, C-H., «Allemagne: l'indemnisation des servitudes d'urbanisme», *op. cit.*, pág. 29.

5. La expropiación clásica y las medidas con efectos expropiatorios.

Finalmente, cabe señalar tras lo expuesto con anterioridad, que en Alemania, como ha podido comprobarse, se distingue entre la denominada expropiación clásica –regulada en los §§ 85 y ss. del *Baugesetzbuch*–, que podría entenderse como privación de bienes y derechos patrimoniales, incluido, especialmente, el de la propiedad, de aquellas otras medidas que, como las recogidas en los §§ 39 y siguientes del *Baugesetzbuch*, aunque son realmente delimitaciones del contenido del derecho de propiedad tienen efectos expropiatorios, pues se afecta a derechos adquiridos como el de construir y por ello dan lugar a indemnización.

De tal modo que en este último caso se exceptúa la regla general de no indemnizar por la delimitación del derecho de propiedad, para lo cual, como se ha visto, el Tribunal Federal Constitucional y la doctrina han admitido la figura intermedia de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, aplicada en este caso para justificar determinadas indemnizaciones en el ámbito urbanístico.

V. RECAPITULACIÓN: SOLUCIÓN Y FUNDAMENTO DE LOS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS URBANÍSTICOS EN LOS SISTEMAS ESPAÑOL, FRANCÉS Y ALEMÁN

Por lo tanto, y tras lo examinado hasta el momento, la pregunta que es preciso hacerse en estos casos concretos es si estamos ante expropiación, ante la responsabilidad patrimonial de la Administración o ante otra figura diferente para justificar esos supuestos indemnizatorios.

Duda ésta que la sentencia del TC, en la que el mismo enjuició la constitucionalidad de la LS/1998, como se expone a continuación, no resuelve.

En efecto, el TC en su Sentencia 164/2001, de 11 de julio de 2001, y más concretamente en su Fundamento Jurídico 47.º, dice que es a la doctrina a quien corresponde analizar si esos supuestos son responsabilidad patrimonial de la Administración o expropiación forzosa, aunque a efectos competenciales, que es de lo que se trata en la sentencia, es lo mismo, pues ambas figuras están en el título competencial del Estado del artículo 149.1.8.ª de la CE; aunque bien es cierto que el propio TC, aun no confirmándolo definitivamente, parece haberse decantado en su Sentencia 61/1997⁷⁶, de 20 de marzo (F.J. 33.º), por la calificación como supuestos de responsabilidad patrimonial⁷⁷.

A este respecto debe decirse que no todos los casos, ya expuestos, son iguales; no es lo mismo que se prive de un derecho o facultad patrimonializado y ya consolidado, en cuyo caso se estaría ante

⁷⁶ En relación con esta sentencia, véase PAREJO ALFONSO, L. (Coord.), *El urbanismo, hoy. Reflexiones a propósito de la STC 61/1997 y el proyecto de nueva Ley estatal*, Instituto Pascual Madoz, Madrid, 1997.

⁷⁷ Recuérdese que dicha sentencia fue por la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado contra el TRLS/1992.

una expropiación forzosa, a que fije una indemnización por los gastos ocasionados como consecuencia de lo establecido en un plan que más tarde y tras su cambio resulta inservible, en cuyo caso sí parece claro que se está ante responsabilidad patrimonial, pues no se trata de compensar la limitación del aprovechamiento en sí mismo –supuesto en que como regla general hay deber jurídico de soportar–, sino los gastos derivados del cambio, que parece lógico no tiene por qué soportar el propietario.

Lo que también parece deducirse de los supuestos de los artículos 41 y siguientes es que no se trata de un sistema abstracto de responsabilidad patrimonial por perjuicios urbanísticos –pues, recuérdese que, de hecho, sólo en un supuesto, el del art. 44, se remite a las reglas propias de institución, mientras que en el art. 42 lo hace a las de la expropiación–, sino que el propio TC en su Sentencia 164/2001 precisa que las leyes autonómicas pueden prever otros supuestos indemnizatorios, es decir, no es que como regla general se haya configurado una responsabilidad patrimonial, sino que en determinados supuestos concretos se considera oportuno –por la ley– indemnizar. Lo que debe vincularse al artículo 2.2 de la LS y entenderse precisamente como una serie de excepciones a la regla de no indemnización por delimitación del derecho de propiedad que el mismo prevé.

Esto precisamente recuerda al sistema alemán, no obstante, en Alemania desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinal se crea la figura intermedia de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, ya señalada, lo que podría permitir otros supuestos indemnizatorios, o más bien daría cabida y justificaría aquellos casos que precisamente las normas prevén sin quedar claro que encajen en otras instituciones y por lo que se refiere a nuestro sistema claramente en el caso del artículo 43 de la LS.

Si bien es cierto que esta figura alemana responde a la, sin duda, menor extensión de la responsabilidad patrimonial de la Administración y su distinta configuración, sin embargo, también es cierto que a pesar de que nuestro sistema es de los más avanzados –si por ello se entiende amplios– en el tema de la responsabilidad extracontractual, podría resultar más oportuno incorporar esa figura intermedia del sistema alemán, pues al fin y al cabo encaja y responde mejor con la configuración de la función social de la propiedad del artículo 33.2 de la CE, que no es otra que la importada del artículo 14 de la Grundgesetz –y algo similar puede afirmarse de los supuestos concretos en materia de urbanismo–.

De otro lado, recuérdese que de la interpretación conjunta de la LS y, concretamente, de los preceptos examinados y el artículo 2.2 de dicha norma, los primeros no son otra cosa que la excepción a la que se refiere el segundo.

De todo ello, lo más importante es concluir que si se está ante la privación de una facultad o derecho patrimonializado, por ejemplo, del derecho a edificar o a urbanizar, de los hoy derogados artículos 23 y siguientes del TRLS/1992, se trataría de una expropiación forzosa, y ello aun en el caso de no recogerse de forma expresa como supuesto indemnizatorio en la ley correspondiente, pues se deriva de la aplicación de las reglas generales de la expropiación forzosa, de ahí la importancia de su calificación de una u otra forma, pues en caso de considerarse que es responsabilidad si no existiese previsión expresa de su indemnización no cabría la misma, pues precisamente es esa previsión la que excluye el deber jurídico de soportar que impone la regla general de no indemnización por delimitación del derecho de propiedad.

De ahí también que cuando el TC afirma que en caso de que una ley no prevea estos supuestos no es inconstitucional porque cabe aplicar las reglas generales de la responsabilidad para obtener la indemnización, incurra en cierta contradicción, pues conforme a esas reglas y al existir deber jurídico de soportar que no se excluye al no preverlo expresamente la ley –pues recuérdese la regla general–, no cabría aplicar la responsabilidad y por tanto no daría lugar a indemnización ⁷⁸.

Cuando se está, por el contrario, ante una delimitación por función social de la propiedad, en principio y como consecuencia del concepto elaborado por el TC, no habría indemnización por existir el deber jurídico de soportar. La cuestión es entonces si puede la LS exceptuar ese deber jurídico de soportar que se deriva del artículo 33.2 de la CE, teniendo en cuenta que ello supondría en cierto modo romper el propio concepto de función social de la propiedad –pues al haberse definido como parte integrante del propio derecho y no como una limitación externa se excluye toda posibilidad de indemnización, pues es ello precisamente lo que caracteriza y justifica que dichas delimitaciones no sean compensables–.

Precisamente por ello y respecto de alguno de estos supuestos, en este trabajo se cree más adecuado incorporar la figura intermedia alemana de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, por ser una excepción a la regla general de que la delimitación por función social no es indemnizable. Excepción que se justifica para esos casos singulares en determinados principios, como el de la proporcionalidad, y muy especialmente en el de igualdad, lo que, como se ha comprobado, encaja perfectamente en alguno de los supuestos indemnizatorios de los artículos 41 a 44 de la LS, por ejemplo, las limitaciones o vinculaciones singulares del artículo 43 prevén indemnizaciones por esas cargas desiguales que pesan sobre determinados propietarios y que no son susceptibles de distribuir entre el resto.

Y, finalmente, determinados supuestos sí pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración, como es el caso de los gastos o de los perjuicios por demora o denegación impropcedente de licencias del artículo 44 de la LS/1998, pero no en sí porque la reducción de aprovechamientos por una delimitación correcta dé lugar a indemnización.

Estos supuestos en los que la configuración general que nuestro ordenamiento ha hecho de estas diversas figuras no serían indemnizables, pueden así por esta vía obtener compensación con base en principios como el de igualdad y el de la protección de la confianza legítima por lo que se refiere a los gastos.

Precisamente, algún autor hace ya algún tiempo y en relación con los supuestos indemnizatorios del ámbito urbanístico –aunque en relación con el TRLS/1976–, apuntó, aunque fuera de forma

⁷⁸ Así y como ha señalado el profesor MENÉNDEZ REXACH, A., «Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 200, 2003, pág. 181, en relación con la jurisprudencia del TS en aplicación de la doctrina del TC y, especialmente, de la STC 28/1997, «aunque se pueda compartir el objetivo de indemnizar a quienes resulten perjudicados en sus bienes y derechos por causa de interés general, la argumentación es rechazable, en cuanto difumina casi por completo los perfiles de la expropiación y la responsabilidad patrimonial, configurando a ésta como una especie de remedio subsidiario para cubrir daños cuya indemnización no garantiza la expropiación».

indirecta a estos dos principios como justificación de la excepción de indemnizar –aunque siguiera calificándolos, como así parecía hacer el legislador, de responsabilidad–⁷⁹.

Conforme a lo expuesto, el principio de igualdad serviría para justificar la indemnización en los casos de vinculación singular, mientras el de confianza legítima lo haría respecto a los gastos (aunque este caso encajaría en nuestro sistema en la responsabilidad patrimonial), y finalmente, por lo que se refiere a la reducción de aprovechamientos por alteración del planeamiento y la anulación de licencias, al implicar privación o reducción de derechos patrimonializados se trataría de una expropiación⁸⁰.

Por ello aquí se sostiene que quizás al menos para algún supuesto sea más aconsejable acudir a la figura intermedia del sistema alemán, es decir, reconocer y amparar bajo su manto la posibilidad de que determinadas delimitaciones de la propiedad puedan dar lugar a indemnización, pues a pesar del distinto sistema de responsabilidad que el sistema alemán tiene respecto del nuestro, lo cierto es que dado que la configuración de este derecho se ha importado de dicho sistema, el acudir al mismo en estos casos podría concluir con los debates y dudas en torno a si se está ante expropiación o responsabilidad.

Además debe recordarse que algunos de los supuestos de los artículos 41 y siguientes de la LS no dejan de ser otra cosa que la excepción a la regla general de que la delimitación del derecho de propiedad no es indemnizable, como se deduce de la norma misma en una lectura global, y como tales deben ser tratados.

Por todo ello, se propone en este trabajo que para los casos de delimitación de la propiedad con indemnización –es decir, los que no son ni expropiación ni responsabilidad–, se incorpore la figura intermedia alemana: la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, que sería más acorde con el propio concepto de derecho de propiedad y de su función social. No debe olvidarse que dicha configuración se ha tomado del artículo 14 de la GG, pues en caso de aceptar que la propia LS excluye ese deber jurídico de soportar en los supuestos de los artículos 41 y siguientes, sería tanto como reconocer que cada ley –la cual decide fijar determinados casos en que aun tratándose de una adecuada delimitación se debe compensar– incide en el concepto mismo de la función social de la propiedad.

En conclusión, de todo lo expuesto cabe destacar que el problema de la posibilidad de indemnizar determinadas restricciones de facultades o derechos urbanísticos o la imposición de cargas singulares, así como los gastos e inversiones que devienen inútiles, es un problema común a los tres sistemas estudiados: español, francés y alemán, y que a pesar de las diferencias existentes entre ellos, los tres deciden compensar esos supuestos, excepcionando así la regla de no indemnización por delimitación del derecho de propiedad que sin duda es el punto de partida de todos ellos.

⁷⁹ Es el caso del profesor PAREJO ALFONSO, L., *Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración (La alteración del planeamiento, la vinculación singular y la anulación de licencias)*, op. cit., págs. 79, 85, 123, entre otras.

⁸⁰ Como ya se ha visto, el principio de protección de la confianza legítima es el que parece estar tras la regla del artículo L.315-8 del Código de urbanismo francés, en el que se fija un plazo de 5 años en el que, a pesar de existir una modificación de las reglas de urbanismo, el beneficiario de una autorización de urbanización puede llevar a término su proyecto.

De tal modo que se trata de una necesidad sentida y que requiere de justificación, la cual gira en torno al concepto de derechos adquiridos en el ámbito urbanístico y su vinculación con el derecho de propiedad; así, una vez que esos derechos se han patrimonializado y han pasado a formar parte del derecho de propiedad parece lógico que una privación o restricción de los mismos sea digna de indemnización.

Y si bien el fundamento utilizado en cada uno de los tres modelos puede resultar diferente, en función de la configuración no sólo del derecho de propiedad sino también de otras instituciones como la de la responsabilidad y la expropiación, lo cierto es que el fin viene a ser el mismo: la compensación de la privación o restricción de derechos urbanísticos adquiridos legítimamente y que por un cambio en la regulación los propietarios se ven imposibilitados para ejercerlos; así como en muchas ocasiones la compensación de las inversiones realizadas en la confianza de que el sistema se mantendrá y por un cambio en el mismo devienen inútiles, y, finalmente, la imposición de cargas especiales.

Precisamente, por lo que se refiere al fundamento de los distintos supuestos cabe recordar que en el caso alemán se opta por la figura intermedia, es decir, la delimitación del derecho de propiedad con indemnización por su carácter expropiatorio; que en el caso español a pesar de la inclinación a su consideración como responsabilidad, en este trabajo se sostiene que los supuestos de alteración de planeamiento de los artículos 41 y 42 de la LS son auténticas expropiaciones de derechos urbanísticos adquiridos, que la indemnización por los gastos e inversiones, así como la denegación injustificada de licencia o el retraso en su otorgamiento, del artículo 44 encaja en la responsabilidad por funcionamiento anormal en el último caso y en el normal en el primero, y que, finalmente, el supuesto de la imposición de cargas especiales del artículo 43 se basa en el principio de igualdad, concretado en el ámbito urbanístico en la equidistribución de cargas y beneficios. Finalmente, en el Código de urbanismo francés se exige que la medida atente a derechos adquiridos, a lo que el Consejo de Estado –en una visión restrictiva– añade que se cause un daño material, objetivo y cierto y que la carga sea excepcional o anormal, lo que para algún autor hace que se pueda acudir a la responsabilidad sin culpa de la Administración basada en el principio de igualdad⁸¹, si bien se trata aún de tema debatido.

Finalmente, no debe olvidarse que la obligación de indemnizar como consecuencia de una medida desproporcionada, tal y como ha sido fijada por el TEDH, responde a otra cuestión, pues ya no se está ante una delimitación del derecho de propiedad que excepcionalmente puede dar lugar a indemnización con base en los argumentos expuestos, sino que se trata de la responsabilidad de los poderes públicos por la imposición de una delimitación ilegítima como consecuencia de la desproporción existente entre la medida en sí misma considerada y el fin perseguido con la misma. Para este último supuesto el sistema español cuenta con la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración y si se trata de una ley la responsabilidad del Estado legislador en los términos expuestos; en el modelo francés se enmarca en la responsabilidad con culpa de la Administración y, finalmente, en el alemán en la figura de la *rechtswidrige Beeinträchtigung* –que permite la indemnización ante actuaciones antijurídicas de la Administración que afectan a la propiedad–.

⁸¹ BOUYSSOU, F. ET GALAN, P., «France: la notion indemnisation des servitudes d'urbanisme», *op. cit.*, pág. 124.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Si en un primer momento la propiedad se erigió en un derecho sagrado e inviolable en el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789, la evolución experimentada por el mismo desde entonces hasta nuestros días ha supuesto la superación de esta concepción liberal para aproximarse a una de corte social. A ello responde precisamente la función social que se reconoce al derecho de propiedad.

De este modo, el derecho de propiedad ha dejado de ser absoluto y el uso que de una propiedad pueda hacer su titular estará condicionado por la delimitación que de su contenido hayan hecho no sólo el legislador sino también la Administración, principalmente, en su actividad de planeamiento. Es precisamente la función social que cumple este derecho –art. 33.2 CE– la que habilita a que la Administración intervenga en el mismo, justificado en el interés general perseguido por la medida en cuestión.

La ausencia de una definición clara y general de qué facultades se integran en este derecho y de cómo se configura su función social, hace imprescindible acudir a la doctrina elaborada al respecto por el TC, doctrina de la que hay que partir a la hora de examinar las dudas y problemas que en torno al derecho de propiedad puedan surgir –además del modelo alemán de cuyo art. 14 GG ha tomado ejemplo el art. 33 CE–.

Y de dicha doctrina del TC cabe deducir que el derecho de propiedad es delimitado –con respeto del contenido esencial– por el legislador y en menor medida por la Administración y que esa delimitación comprende no sólo facultades o derechos del propietario, sino también deberes y obligaciones que la función social impone al mismo, de tal modo que el TC ha configurado la función social como parte integrante del propio derecho de propiedad, lo que lleva a que la regla general en la materia sea que los perjuicios ocasionados por la misma al propietario no generen indemnización, pues se trata del propio contenido del derecho.

No obstante, en la práctica surgen dudas respecto a la bondad e incluso necesidad de que determinadas restricciones y limitaciones al derecho de propiedad –aunque provengan de la fijación de su contenido normal– puedan ser merecedoras de algún tipo de compensación, es en ese momento cuando aparece el problema de cómo justificar y dar cobertura a esta excepción de la regla general de no indemnización en esos casos; regla general que además proviene de la propia configuración dada a este derecho y a su función social por el TC al interpretar el artículo 33 de la CE.

Realmente estos supuestos, que no son una mera hipótesis sino que en la práctica existen, deben concebirse como auténticas excepciones a la regla general, ya que al fin y al cabo eso son. Pues bien, precisamente para dar solución y cobertura a la posibilidad de indemnizar estos supuestos en el sistema alemán –del que el nuestro ha importado justamente la configuración del derecho de propiedad, pues el art. 33 CE es fiel reflejo del art. 14 GG–, la doctrina y, especialmente, el Tribunal Federal Constitucional alemán, han elaborado una figura intermedia: la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, que se concibe

como excepción a esa regla general de no indemnización y, por tanto, permite excepcionalmente que la delimitación del derecho de propiedad pueda dar lugar a compensación.

La importancia de todo ello se comprueba en las consecuencias prácticas que lo expuesto encuentra en la realidad diaria. Y aunque son muchos los ámbitos en que esta trascendencia práctica encuentra plasmación, el urbanístico sirve de clara muestra.

En efecto, la regla general de no indemnización por la delimitación del derecho de propiedad –que es lógica y coherente con el propio concepto de derecho de propiedad– encuentra reconocimiento expreso en la esfera urbanística, y no sólo en nuestro sistema sino también en países de nuestro entorno dignos de mención, como el francés y el alemán.

Sin embargo, también en todos ellos se han previsto excepciones a ese principio general, como son los supuestos indemnizatorios de los artículos 41 a 44 de la LS española, las *servitudes d'urbanisme* del artículo L.160-5 del *Code d'urbanisme* francés y los §§ 39 a 44 del *Baugesetzbuch* alemán. La justificación o encaje en una u otra de las figuras expuestas depende de la extensión y configuración que de las mismas tiene cada uno de los ordenamientos, sin embargo, el elemento central y la finalidad viene a ser la misma: la compensación por la privación o restricción de derechos adquiridos.

No obstante, la opción que nuestro sistema ha adoptado y que parece aproximarse a su calificación como responsabilidad patrimonial, y conforme a la propia configuración que el TC ha hecho de este derecho y su función social, se entiende aquí inadecuada, al menos, para la generalidad de los supuestos previstos en los preceptos citados –muy próximos a los del *Baugesetzbuch* alemán–, así, y aunque puede resultar correcta para la indemnización de los gastos e inversiones realizados en la confianza legítima en el sistema vigente, o para la denegación injustificada de licencia o el retraso en su otorgamiento, no lo parece cuando se está ante privación o limitación de derechos urbanísticos patrimonializados y adquiridos, en cuyo caso sería más correcto hablar de expropiación; ni tampoco cuando se trata de la imposición de cargas singulares no susceptibles de reparto entre los propietarios, supuesto este en el que sería mucho más correcto aplicar la figura alemana de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, es decir, concebirlo como una delimitación que excepcionalmente da lugar a indemnización con base en el principio de igualdad.

Esta figura es la que emplea el sistema alemán para dar cobertura a los supuestos indemnizatorios, considerando además que cuando se trata de atentados a derechos adquiridos e incorporados al de propiedad, como puede ser el de edificación, la medida, sin llegar a ser expropiación clásica, tiene efectos expropiatorios.

También en el modelo francés se emplea el término de derechos adquiridos, exceptuando la regla general de no indemnización el atentado a los mismos, si bien el Consejo de Estado ha restringido esta posibilidad al exigir no sólo que en tales casos se cause un daño directo, material y cierto, sino además que se trate de una carga anormal y especial. Y es precisamente el introducir esta última noción lo que hace posible –para parte de la doctrina, aunque el tema sigue siendo controvertido– recurrir a la

responsabilidad sin culpa basada en el principio de igualdad, aunque al igual que en nuestro sistema no existe una calificación expresa en las normas.

Por todo ello, en este trabajo se propone la incorporación a nuestro sistema de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, es decir, de la figura intermedia que permite que ocasionalmente existan delimitaciones del derecho de propiedad con indemnización, excepciones que se justifican en principios como el de igualdad, y en menor medida en el de protección de la confianza legítima; para justificar determinados supuestos indemnizatorios previstos en nuestro ordenamiento, pero principalmente para dar cobertura a aquellos que siendo similares carecen de compensación ante la ausencia de previsión expresa.

Finalmente, cabe mencionar que existe otro supuesto de indemnización, pero que, sin embargo, responde a otro planteamiento e institución distinta, me refiero a la compensación por la delimitación desproporcionada del derecho de propiedad. En este caso, y a pesar de las posibles dudas que parece ha introducido en nuestro sistema –muy especialmente la jurisprudencia del TEDH al respecto–, lo cierto es que en los otros sistemas estudiados queda claro que no se trata de una excepción a la regla general de no indemnización por fijación del contenido normal del derecho de propiedad, sino de una delimitación desproporcionada en sí misma –y no sólo desde el punto de vista del resultado–, y que por tanto se convierte en una medida ilegítima que en el ordenamiento francés se indemniza por la vía de la responsabilidad con culpa, en el alemán por la figura *rechtswidrige Beeinträchtigung* –que permite la indemnización ante actuaciones antijurídicas de la Administración que afectan a la propiedad–; y, finalmente, que en el nuestro encajaría en la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal –ya que es una medida incorrecta–, y de tratarse de una ley, la responsabilidad del legislador vendría muy probablemente por la inconstitucionalidad de la misma por vulneración del límite impuesto en el artículo 53.1 de la CE.