

PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO

Ponencia expuesta por D. Antonio Pérez Marín, socio fundador del BUFETE PÉREZ MARÍN de Sevilla,
el día 17 de junio de 2008 en el Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. UN POCO DE HISTORIA

III. LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

IV. LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

V. LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

V.1 Doctrina del TEDH

V.2 Recapitulación de la doctrina del TEDH

V.3 Doctrina del TJCE

V.4 Recapitulación de la doctrina del TJCE

V.5 Proyecto de Ley Orgánica de 12-5-2008 por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea firmado en la capital portuguesa el 3 de diciembre de 2007

VI. RESERVAS DE SUELO Y DERECHO DE REVERSIÓN

VI.1 El derecho de reversión: marco normativo

VI.1.1 Supuestos que habilitan a interesar el derecho de reversión

VI.1.2 Plazos para su ejercicio

VI.1.3 Las llamadas "expropiaciones híbridas"

VII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La Fundación Fidas del COAS y, particularmente la Agrupación de Arquitectos de la Administración Pública de Sevilla se han acordado de este veterano Letrado para que participe en esta Mesa Redonda sobre Patrimonio Público de Suelo. Mi aceptación fue inmediata, además mi agradecimiento también, que hoy reitero.

Mi colega y amiga Marisa Arcos, con un bagaje de experiencia impresionante, no obstante su juventud, es una de las voces más autorizadas, porque directa o indirectamente en la GMU desde que se creó, ha venido ocupándose de esta materia; inasequible al desaliento ha superado con éxito siempre todas las Corporaciones y Gerentes de cualquier signo político, lo que dice mucho en su favor.

Como es sabido, el Urbanismo español y, por tanto el andaluz, está presidido por dos visiones, o si queremos mejor filosofías, para abordarlo; ambas fueron planteadas en el Diario "El País" por los Sres. SOLCHAGA y BORRELL, ministros del Gobierno del Sr. GONZÁLEZ, los días 7, 20 y 21 de Octubre de 1993. El primero de ellos entendía que el problema de nuestro urbanismo estaba en el excesivo intervencionismo de la Administración y también en la excesiva discrecionalidad de la que gozaba.

El Sr. BORRELL por el contrario, entendía que radicaba en un conjunto complejo de disfunciones imputables en parte a la actitud de los propietarios y en parte a la acción administrativa. Y sobre todo al escaso desarrollo de un tercer agente que debiera ser fundamental en el proceso: El urbanizador público o privado, que no tiene por qué coincidir con el propietario. Resulta obvio que se impusieron las tesis del Sr. BORRELL. Yo, sin embargo, siguiendo una ancestral costumbre mía, me alíneo con el Sr. SOLCHAGA, es decir, con la tesis perdedora en España, pero que es mayoritariamente aceptada en la Unión Europea. Desde esa filosofía abordaré mi intervención

Mi punto de vista sobre los Patrimonios Públicos de Suelo, en lo que se refiere a los adquiridos por expropiación forzosa, por el procedimiento de tasación conjunta, al materializar las Reservas de Suelo para ese fin, es negativo. Más crítico aún soy para el caso de Reserva de Suelos para Patrimonio Público de la Junta de Andalucía -art. 24 de la Ley 13/2005 de 11 de Noviembre- por suponer una invasión más de las competencias municipales en beneficio de las autonómicas. A mayor abundamiento, por las razones que luego expondré, a la altura del Siglo XXI en una sociedad abierta y competitiva como la que afortunadamente tenemos, las técnicas de Reservas y su aplicación generalizada por las Administraciones competentes, aparte de negativas y posiblemente en muchos casos irregulares, son innecesarias.

Por último, una precisión inevitable; si algo puedo aportar hoy es la visión de un jurista, aunque soy consciente de que me dirijo a Técnicos.

II. UN POCO DE HISTORIA

La Exposición de Motivos de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de Mayo de 1956, -Ley ésta que en mi opinión "creó" el Derecho Urbanístico que hoy manejamos- declaraba:

“Si ideal en la empresa urbanística pudiera ser que todo el suelo necesario para la expansión de las poblaciones fuera de propiedad pública, mediante justa adquisición, para ofrecerle una vez urbanizado, a quienes desearan edificar, la solución sin embargo no es viable en España. Requeriría fondos externos extraordinariamente cuantiosos que no pueden ser desviados a otros objetivos nacionales y causaría graves quebrantos a la propiedad y a la iniciativa privada...es en cambio asequible a las Corporaciones locales adquirir paulatinamente terrenos que pudieran servir como reguladores de precio en el mercado de solares. Considerándolo así, la Ley prevé la Constitución de Patrimonios Municipales del Suelo, con carácter obligatorio para los Municipios de población superior a 50.000 habitantes”.

La Ley 19/1975 de 2 de Mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y ordenación Urbana también dedica en su Exposición de Motivos algunos pasajes a los Patrimonios Públicos de Suelo; así, por ejemplo, no tiene el legislador ningún reparo en reconocer su fracaso:

“La Ley del Suelo basó su política antiespeculativa fundamentalmente en la capacidad de los Patrimonios Públicos del Suelo para ser utilizados como reguladores del mercado y en la normativa sobre enajenación forzosa de solares sin edificar. La insuficiencia de estos instrumentos, tal como han sido concebidos, no ofrece lugar a dudas”.

Como es sabido, los arts. 89 a 93 del TR 1346/1976 de 9 de Abril regula el Patrimonio Municipal de Suelo, recordando que ya el art. 93 de una Ley preconstitucional estableció que “los ingresos obtenidos por la gestión urbanística mediante enajenación de terrenos del Patrimonio se destinaría a la conservación y ampliación del mismo”. Todos sabemos que este artículo fue sistemáticamente incumplido por la inmensa mayoría de los Ayuntamientos afectados, sirviendo más que como regulador del mercado, como fuente de financiación municipal. Sobre este particular más adelante analizaré las declaraciones que me parecen más relevantes de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La Ley 8/90 y el Texto Refundido de 1992 por lo que a la materia que nos ocupa se refiere, aportaron algunas novedades que se deducen de una lectura comparativa de los arts. 276 a 286 con los 89 a 93 del Texto del 76. Resumidamente son las siguientes:

- a) Se constituyen como un Patrimonio separado de los restantes bienes municipales.
- b) La obligatoriedad de su constitución radica en disponer de Plan General, no en tener 50.000 habitantes como mínimo.
- c) Considerar como uno de sus fines *“facilitar la ejecución del planeamiento”*.
- d) Concretar los bienes que lo integran.
- e) Regulan más detalladamente las Reservas de Suelos a adquirir por Expropiación Forzosa para el Patrimonio Municipal de Suelo, su urbanización, venta y cesión en su caso.

La STC 61/97 declaró inconstitucionales los arts. 277, 278, 279, 280.2; 281; 282.1 y 2; 283; 284; 285 y 286. Se *“salvó de la quema”* prácticamente solo el art. 276. Pero como también es sabido, el contenido de estos artículos *“actualizados”* son los que recoge la LOUA con las modificaciones introducidas por la Ley 13/2005; en definitiva, el derecho positivo vigente en Andalucía es en esencia el declarado inconstitucional por la STC 61/97 por razones competenciales.

La Ley 6/98 de 13 de Abril en su disposición derogatoria única declaró vigentes los arts. 276 y 280.1 del T.R. 1/92. Por lo tanto, estos son los dos únicos preceptos vigentes para el ámbito estatal, también claro está para Andalucía, en la que al TR de 1992 se refiere.

Mi opinión sobre la regulación que la LOUA establece para los Patrimonios Públicos de Suelo la tengo recogida en el libro del Bufete Pérez-Marín ***“Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, Ley 13/2005 de 11 de Noviembre y Reglamento; Estudio Preliminar, Adenda”***; particularmente me remito a los comentarios a los arts. 3; 72; 76.b) y c); 69; 75; 76.a) y d); 71; 70; 73 y 74. También a mi libro ***“El Urbanismo en Andalucía”***, págs 1 a 27 (Editorial COMARES, Granada 2006); sin perjuicio de que en los apartados posteriores me extienda en aspectos específicos.

La Ley 8/2007 de suelo, de 28 de Mayo merece un análisis crítico especial focalizado, claro está, en la regulación establecida en los arts. 33 y 34, así como en la Disposición Final primera apartados 25.1 y 3 y 4.a) y b).

Análisis crítico de la Ley 8/2007 de Suelo

El marco de la Mesa redonda me obliga a centrar mi análisis a los artículos y disposiciones que directa o indirectamente afecten a los Patrimonios Públicos de Suelo. Entiendo, como después desarrollaré con más amplitud, que la delimitación de suelos para Reserva de Patrimonios Públicos de Suelo y las cesiones a las que se refiere el art. 16 tienen una incidencia directa en el derecho de propiedad inmobiliaria, por lo que no sobra abordar un somero análisis crítico desde la perspectiva constitucional ¿Es o no Constitucional el núcleo duro de las reformas introducidas en la Ley 8/2007? Si hay reproches constitucionales ¿lo son por razones sustantivas? ¿Por razones competenciales? ¿o por ambas?

Reservas de dudosa constitucionalidad por razones sustantivas.

a) “La nacionalización del derecho a urbanizar”

La mejor doctrina ha acuñado esta expresión de la “nacionalización” del derecho a urbanizar. Yo mismo mantuve que la regulación del subsuelo contemplada en el art. 49.3 de la LOUA suponía una confiscación: Efectivamente, esta es la crítica a la “nacionalización” del derecho a urbanizar de la nueva doctrina que hago mía.

“Prescindiendo de la fácil crítica de la que puede ser objeto la justificación de que la urbanización excede lógicamente y físicamente de los límites propios de la propiedad, como si los propietarios, que pueden ser empresas del sector, no pudieran realizar una actuación concertada, con participación de empresas no propietarias, con arreglo al marco jurídico y asociativo que establezca la Ley, y ciñéndonos a lo expuesto, que luego se normativiza en el artículo 6, resulta que se ha nacionalizado el derecho a urbanizar por ser un servicio público, pero no de forma general e igual para todos sino aleatoriamente porque la legislación urbanística y territorial puede exceptuar esta nacionalización por motivos de excepción o de peculiaridad que no se definen, como tampoco aclara la Exposición de Motivos que alude a “determinados casos de acuerdo con esta Ley”. Para que exista la igualdad que justifica la intervención legislativa del Estado, o se suprime para todos los propietarios la facultad de urbanizar, como ocurría en el primer borrador de la Ley del que se tuvo conocimiento o se mantiene para todos, pero lo que no es sostenible es la supresión aleatoria”.

Por lo que se refiere a la confirmación del subsuelo, me remito al comentario al art. 49.3 del Libro del Bufete Pérez-Marín ya citado

Sin las leyes estatales y autonómicas que precedieron a la Ley 8/2007, no funcionaron correctamente está claro que no fue por culpa de la Ley, que puso en manos de la Administración las riendas del proceso.

No se puede decir, por lo tanto, que las leyes precedentes reservaran a la propiedad el derecho exclusivo de iniciativa privada en la actividad de urbanización porque no se ajusta a la verdad. Ninguna Ley negó nunca que la dirección del proceso urbanizador corresponde en todo caso a la Administración. Carece, pues de todo fundamento la declaración de la urbanización como servicio público que la propia Exposición de Motivos declara para “justificar” a continuación la correlativa disminución de la facultad de urbanizar del estatuto de la propiedad del suelo. A mi entender esta “nacionalización” del Derecho a Urbanizar es en todo caso desproporcionada si se aplican los criterios del TC al declarar que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, como el derecho de propiedad (STC 55/1996 de 28 de Marzo entre otras). Mucho más reciente y en base también a la aplicación del principio de proporcionalidad es la Doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2005 de 3 de Marzo. El supuesto de hecho que se resuelve en esta Sentencia fue promovido como una cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento de Canarias 2/1992 de 26 de Junio planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, al considerar desproporcionada la declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de los edificios nº 5 de la Calle Teobaldo Power y nº 44 y 46 de la Calle del Castillo de Santa Cruz de Tenerife para proceder a la ampliación de la Sede del Parlamento de Canarias, por vulneración del art. 33.3 de la Constitución Española. La Sentencia, invocando Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que el Parlamento Canario adoptó una decisión no conforme a la Constitución Española y por aplicación del principio de proporcionalidad consideró inconstitucional la Ley del Parlamento Canario 2/1992 de 26 de Junio.

En definitiva, esta medida difícilmente superará el juicio de constitucionalidad por violación del principio de igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad (art. 149,1 1º).

b) Por razones competenciales

El profesor JANE i GUASCH, Presidente que fue de la ponencia del Congreso que tramitó el proyecto, actual Ley 8/2007, no dudó precisamente en Sevilla en defender que:

“Podría considerarse que la concreción y extensión de los artículos 8 y 9 va más allá de lo que son las “líneas más fundamentales” de este derecho de propiedad del suelo, atendiendo a la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Efectivamente, la redacción final de los arts. 8 y 9 podría comportar una colisión con lo que deben ser competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo. La completa regulación que se efectúa del derecho de propiedad del suelo puede interferir en lo que debe ser legislación urbanística que compete a las Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, en el art. 8.1.a), b) y c) se llegan a perfilar el conjunto de facultades que comprende el contenido del derecho de determinadas atribuciones por parte del propietario, a pesar de la constante remisión a la regulación que se establezca en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.

III.- LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Tanto la Jurisprudencia como la doctrina han prestado especial atención a los Patrimonios Públicos de Suelo, si bien en los trabajos de la mejor doctrina que conozco sobre la materia, se han abordado más que como uno más, como el más importante instrumento de intervención en el mercado del Suelo, coincidiendo por otra parte con la ya clásica sistemática de nuestras leyes autonómicas. Por toda la doctrina, voy a resumir en este apartado la aportación de D. MARIANO DE ORO-PULIDO Y LOPEZ, Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, profundo conocedor de la materia en su doble condición de brillante autor y componente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, a la que corresponde conformar la doctrina jurisprudencial con categoría de fuente de Derecho.

Me detengo en estos dos trabajos. Uno su ponencia defendida en Sevilla el 16 de Abril de 2004 que tituló *“Los instrumentos de intervención del mercado de suelo en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía”* en unas Jornadas dirigidas por quien os habla, tituladas genéricamente *“El Urbanismo en Andalucía: Jornadas de Reflexión sobre la LOUA”*. El otro lo titula el Sr. De ORO-PULIDO *“Los Patrimonios Públicos de Suelo en la Ley 8/2007, de 28 de Mayo”* publicado el nº 16, año 2007-2 págs. 133 y ss, de la Revista de Urbanismo y Edificación de la Editorial Aranzadi-Thomson.

El primero de los trabajos citados que el autor aborda desde la óptica de Andalucía constata por lo que a la materia específica de los fines de los Patrimonios de Suelo se refiere, un *“evidente ensanchamiento”* del destino de este tipo de bienes en relación con el previsto en el art. 280 del TR 1/92. Esta constante ha obligado a la Jurisprudencia a salir al paso de esta tendencia, reconduciendo su destino a los previstos expresamente en la Ley. Así, por ejemplo el TS desde la Sentencia de 2 de Noviembre de 1995 viene declarando que lo que se pretende con el Patrimonio Municipal de Suelo es un fin determinado que no es cualquiera de los que las Corporaciones han de perseguir según la legislación de Régimen Local.

No estará de mas recordar que esta Sentencia fue dictada en relación con un acuerdo del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, por virtud del cual se acordó la venta en pública subasta de trece parcelas –solares de propiedad municipal, integrantes del PMS-, para destinar su importe a, entre otros, los siguientes fines:

1. Construcción de un centro sociocultural y deportivo.
2. Construcción del edificio de Archivo Municipal.
3. Adquisición de locales para centro de tercera edad
4. Rehabilitación y acondicionamiento de la Casa Consistorial
5. Adquisición de vehículos para Policía Municipal
6. Para gastos previstos en cementerios municipales.

Se comprende, ahora, ante tamaña desviación del destino de unos bienes integrantes del PMS, los rotundos términos en los que se pronuncia la Sentencia en cuestión.

No ha sido ésta, sin embargo, la única ocasión que ha tenido el Tribunal Supremo de ocuparse de supuestos de desviación del destino de bienes de este tipo de Patrimonio. Así, las Sentencias de 25 de Octubre de 2001 y 2 de Noviembre de 2002, relativas ambas a los correspondientes acuerdos del Ayuntamiento de San Sebastián aprobatorios de los presupuestos generales municipales de 1993 y 1995, respectivamente. Dichos acuerdos habían sido recurridos en base a las dos siguientes consideraciones: 1ª) Incumplimiento de la obligación de consignar en dichos presupuestos, una cantidad equivalente al 5% del importe del presupuesto ordinario, a los efectos de lo dispuesto en el art. 89 del TR de 1976, es decir, para el PMS, y 2ª) Incumplimiento de la reinversión en el PMS de los importes de las enajenaciones de los mismos.

Las Sentencias en cuestión recordaron, en lo que ahora interesa, ambos tipos de obligaciones, señalando, además, la primera de ellas que: *“El PMS está constituido por terrenos (art. 276.2 del TR de 1992) y no por equipamientos ni viviendas, y por ello no pueden alegarse –según hace la Corporación demandada- como ejemplos de reinversión del producto de las enajenaciones, la construcción de polideportivos o el soterramiento de trenes o la construcción de pasos inferiores, etc.; todas ellas son finalidades urbanísticas loables y de indudable interés público, pero que no contribuyen a aumentar ni a conservar el PMS”*.

En esta misma línea –en cuanto reproduce la anterior doctrina- se puede citar la Sentencia de 27 de febrero de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en relación con el Presupuesto General Municipal del Ayuntamiento de Salamanca para el año 1998.

Resulta curiosa la relativa frecuencia de impugnaciones ante los Tribunales de lo Contencioso, de acuerdos de aprobación de presupuestos generales municipales –así, también, se podría citar la Sentencia del TS de 2 de Noviembre de 2001, sobre el presupuesto del Ayuntamiento de Oviedo para el año 1994-. El motivo no está lejos del ejercicio de la acción popular prevista en el art. 304 del TR de 1992 para exigir la observación de la legislación urbanística; precepto, por otra parte, declarado expresamente vigente por la disposición derogatoria única de la Ley 6/98, cuya aplicabilidad trasciende la propia decisión legislativa autonómica.

En el segundo de los trabajos que más arriba ha quedado citado, entra desde la perspectiva estatal y se detiene en la interpretación que ha merecido al TS la expresión *“otros usos de interés social”*, citando expresamente las Sentencias de 31 de Octubre de 2001 y 7 de Noviembre de 2005, que paso a comentar siguiendo a DE ORO-PULIDO:

El Tribunal Supremo se ha ocupado del concepto *“interés social”*, en la ya citada Sentencia de 31 de Octubre de 2001. Se impugnaba en el recurso contencioso-administrativo, del que deriva el de casación, un acuerdo municipal por el que se aprobó un convenio consistente, en esencia, en una permuta de un bien patrimonial, clasificado como suelo urbano, por dos parcelas propiedad de una determinada entidad mercantil. La Sala de instancia anuló dicho convenio por entender, básicamente, que siendo la parcela municipal un bien incluido en el Patrimonio Municipal, no consta que los m² sobre rasante que se permutan se destinen a la construcción de viviendas ni a

otros fines sociales –lo que supone, por tanto infracción del art. 280.1 del TRLS/1992, aplicable al caso-. Interpuesto recurso de casación en base a que la permuta que se acordó en el convenio va a permitir la regeneración y el acondicionamiento del frente del litoral marítimo de un determinado barrio del municipio, el Tribunal Supremo entiende que el destino dado al bien patrimonial incluido en el PMS no es ni la construcción de viviendas de protección oficial ni, en lo que ahora importa, otro uso de interés social.

En este punto, el Tribunal Supremo precisa que:

“...este interés social no es equivalente a mero interés urbanístico, sino que es un concepto más restringido. El art. 1.1 de la CE, que define nuestro Estado como un Estado Social, en relación con el art. 9.2 de la misma, puede darnos por analogía una idea de lo que sea el concepto más modesto de uso de interés social: aquel que tiende a que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivos o a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud o a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Pues bien, como quiera que ninguna de las dos contraprestaciones –(1) la regeneración y adcentamiento del frente marítimo de un barrio del municipio y (2) el pago de una deuda que éste mantenía con la entidad mercantil propietaria de las parcelas objeto de la permuta que el Ayuntamiento recibe en el convenio impugnado- puede decirse que se refieran a un uso de interés social, el Tribunal Supremo declara:

“la finalidad de la permuta que el Convenio consagra no es “la edificación de viviendas de protección pública u otro uso de interés social”, sino unas finalidades variadas, que van desde el pago de una deuda antigua hasta la adquisición de unas plantas cuyo uso no consta, pasando por un diseño estrictamente urbanístico sin más, finalidades todas ellas lícitas y plausibles pero que exceden de las específicas que el art. 280.1 del TR/1992 impone”.

En similar sentido se puede invocar la también citada Sentencia de la Sección 4ª del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre de 2005, relativa a un acuerdo municipal que acordó enajenar mediante pública subasta, por procedimiento abierto, diversas parcelas del PMS para destinar los ingresos obtenidos a la adquisición de un edificio para el Servicio Municipal de Hacienda. Dicha Sentencia, además de recordar la doctrina de la anteriormente citada de 31 de Octubre de 2001, señala que:

“Si la normativa urbanística establece un fin último como es el destino (.....) o a otros usos de interés social de acuerdo con el planeamiento urbanístico, a él debemos atenernos sin que quepan interpretaciones flexibles en una disposición (art. 280 del TRLS/1992) tan clara como la aquí concernida. Destino –concluye- que no se aprecia en la obtención de efectivos para la construcción de un edificio destinado al Servicio Municipal de Hacienda”.

Ahora bien, la nueva Ley de Suelo ofrece alguna precisión en orden a la determinación de qué debe entenderse por otros usos de interés social, al exigir el art. 34.1 la concurrencia de las dos siguientes condiciones: 1ª que la normativa autonómica así lo establezca expresamente, y en forma especialmente determinada; y 2ª que el planeamiento urbanístico así lo disponga.

La legislación autonómica no goza pues de libertad absoluta para establecer los usos sociales que tenga por conveniente, sino que deberá moverse dentro de los fines fijados por la propia Ley y que son: a) urbanísticos o de ejecución del planeamiento y b) de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural, es decir, los tendentes a la utilización racional de los recursos naturales y culturales a que se refieren los arts. 45 y 46 de la CE. Parece que la nueva Ley ha querido de alguna forma refrendar una gran parte de los usos que establezca la legislación autonómica, si bien otros, a la vista de la excesiva amplitud concedida en ocasiones, no encontrarán encaje en ninguno de dichos fines, por muy amplios que éstos sean, que, sin duda, lo son.

Por lo demás, en apartados posteriores me ocuparé del análisis crítico de los arts. 33 y 34 entre otros a los que me remito.

IV.- LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.

Los Patrimonios Públicos de Suelo constituyen un instrumento tradicional de intervención pública en el mercado del suelo; también la LOUA regula esta figura con unos perfiles muy amplios: arts. 69 y ss. La intervención privilegiada de la Administración en el mercado del suelo se ha justificado desde la LS de 1956 en la relevancia de los fines generales que persigue: fundamentalmente a) incidir en la formación de los precios del suelo, b) facilitar la ejecución del planeamiento y c) garantizar una oferta de suelo suficiente para edificar viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública. No obstante la relevancia de estos fines de interés general, el del suelo sigue siendo al fin y al cabo un mercado, y debe regirse por los principios rectores de nuestra Constitución económica y del Derecho de la Unión europea, en particular respetando la libertad de empresa (art. 38 CE), la unidad de mercado (art. 139 CE) y la libre competencia (art. 81 TCEE).

En nuestro ordenamiento la iniciativa privada y la actividad económica de los poderes públicos confluyen en el mercado, aunque la segunda nace constitucionalmente limitada, de tal manera que la intervención de la Administración Pública en el mundo empresarial y económico sólo cabe cuando venga exigida por el interés general, o por razones de utilidad pública, como consecuencia de tener que atender a la satisfacción de necesidades colectivas que así lo requieran. Una limitación que no significa subsidiariedad, ya que en todo caso queda en manos de los criterios discrecionales de la Administración discernir y valorar sobre la oportunidad de su intervención en la economía, y sobre el alcance de dicha intervención, la cual, en todo caso, tiene un marcado carácter instrumental para el cumplimiento de los fines que tiene atribuidos. En definitiva, la iniciativa económica pública procederá cuando así lo requiera el interés general; pero,

en todo caso, y como indica entre otras la STC 64/1990, de 5 de Abril, es necesario recordar la exigencia de la igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1º CE) y las exigencias del Mercado único (arts 81 a 86 TCEE).

Sobre estos presupuestos, el análisis de la intervención pública en el mercado del suelo ofrece algunos aspectos que deben ser destacados por su potencialidad para falsear la libre competencia, los fundamentos de la iniciativa pública en la economía y la esencial unidad del mercado. Las posibilidades reconocidas a la Administración autonómica y local a través, especialmente de la constitución de Patrimonios Públicos de Suelo y Reservas de terrenos permiten la creación de un verdadero oligopolio del suelo, que se ve favorecido, además, por la creación de sociedades públicas que disponen de especiales condiciones para el desarrollo de la actividad empresarial en el mercado del suelo: a) facilidad de acceso a la obtención de créditos sin necesidad de acreditar garantías reales de excesiva cuantía, b) la no sujeción a similares cargas fiscales que la empresa privada, c) la garantía subsidiaria de los Municipios o de la Junta de Andalucía. De esta forma, las Administraciones con competencias urbanísticas titulares de los Patrimonios Públicos de Suelo y las empresas públicas que los gestionan, se encuentran en una posición privilegiada con la que los empresarios privados difícilmente pueden competir. Por otra parte, también se pueden hacer algunas reservas a la utilidad pública de algunas iniciativas económicas que no son en muchos casos instrumentales a los fines generales de la correspondiente Administración Pública. A este respecto destaco las previsiones de los arts. 75 y 76 de la LOUA, que permiten un destino lucrativo de los Patrimonios Públicos de Suelo que se han obtenido gratuitamente a través de las cesiones y expropiaciones. El art. 75 permite enajenar suelo de los Patrimonios Públicos para la construcción de vivienda libre, o, ap. 1.c) para destinarlo "a cualesquiera usos admitidos por el planeamiento". Por su parte, el art.76 habilita la cesión gratuita o a precio reducido, de bienes integrantes de los Patrimonios Públicos para los usos residenciales del art. 75, en el que como ya he dicho se incluye la construcción de vivienda libre. También es dudosa la ampliación del objeto social de algunas sociedades que gestionan las bolsas públicas de suelo a otras actividades urbanizadoras y edificatorias que el interés público no precisa que sean desarrolladas por el sector público, en la medida en que no contribuyen a reducir el precio de la vivienda; y también aumentar las Reservas de Suelo para actuaciones públicas o viviendas de protección oficial, sin aportar previamente los suelos programados para estos fines. Otra práctica irregular es la de costear con cargo al Patrimonio Público de Suelo los gastos generales del Municipio, convirtiendo este instrumento en una fuente privilegiada de financiación.

Una autoridad doctrinal como GONZALEZ PEREZ recuerda como a partir del TR92, por vía de los arts. 276.1 y 280.1, los Patrimonios Municipales de Suelo intentaron no sólo construir viviendas de promoción pública –fin auténtico de estos Patrimonios Separados- sino detraer suelo del mercado libre, para regularlo. Antes que Andalucía, ya la Comunidad de Madrid, mediante las Reservas de Suelo clasificado como urbanizables en un porcentaje de hasta el 30%, para el Patrimonio Público Autonómico. Pero como acertadamente denuncia GONZALEZ PEREZ, la técnica de la clasificación debe ser estructural, en cambio los planes de viviendas protegidas tienen un carácter coyuntural, por lo que no cabe deducir "sensatamente que dicha obligación resuelva el precio del suelo".

GARRIDO FALLA muestra su escepticismo hacia esta medida, postulando que la Administración "per se" no pueda caer en pecados especulativos, dedicando estos Patrimonios a otros fines públicos, distintos de los que justifican la creación de los citados Patrimonios Públicos. Sin embargo, la experiencia y la práctica diaria, avalan la posición escéptica en relación a la bondad de esta figura por las siguientes razones:

a) La ficción de que el suelo no clasificado mantiene un precio estable, pues si el plan no lo clasifica no adquiere más valor. Sin embargo, la realidad es muy distinta y se impone con la tozudez de los hechos.

b) El propio TS abiertamente lo constata, así por ejemplo, SS de 2 de Noviembre de 1995 y 2 de Noviembre de 2001. De esta última reproduzco del Fundamento Jurídico Sexto, las siguientes declaraciones:

"El Patrimonio Municipal del Suelo fue regulado en la Ley del Suelo de 1956 como un conjunto de bienes de que las Corporaciones se pueden servir para regular el precio en el mercado de solares (Exposición de Motivos), con la finalidad de "prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones". Este conjunto de bienes tiene una característica especial, a saber, que su finalidad específica se realiza mediante la circulación propia del tráfico jurídico pero sin disminución o merma del propio Patrimonio, toda vez que el producto de las enajenaciones de los bienes de ésta habrá de destinarse a la conservación y ampliación del propio Patrimonio (art. 3.3 del TRLS). Por ello se ha podido decir que "las dotaciones económicas que se pongan a disposición del Patrimonio Municipal del Suelo constituyen un fondo rotatorio de realimentación continua, por aplicaciones sucesivas al mismo fin de dicho Patrimonio, lo que constituye una técnica visible de potenciación financiera". En definitiva, se ha venido así aceptando pacíficamente que el Patrimonio Municipal del Suelo constituye un "patrimonio separado(...) fin que aquí no es cualquiera de los que las Corporaciones han de perseguir según la legislación de régimen local (arts. 25 y 26 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de Abril de 1985), sino el específico y concreto de "prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones" (art. 89-2 del Texto Refundido de 9 de Abril de 1976), y ha querido y quiere expresamente con una claridad elogiada, que el producto de las enajenaciones de terrenos del Patrimonio se destinen no a cualquier fin por loable y razonable que sea, sino al específico de la conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal de Suelo, (art. 93, ya citado). Esta es la caracterización que el legislador ha dado a los Patrimonios Municipales de Suelo, y se comprenderá que, ante tamaña claridad, sólo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer que los mismos, abandonando su origen su caracterización y su finalidad pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas necesidades presupuestarias municipales. Esto, desde luego, puede hacerlo el legislador, asumiendo el posible riesgo de desaparición de los Patrimonios Municipales de Suelo), pero no puede hacerse por la vía de la interpretación sociológica de las normas jurídicas, (art. 3-1 del Código Civil) porque esa interpretación ha de respetar en todo caso, el espíritu y la finalidad de las normas, muy otros, como hemos visto, a la financiación general e indiscriminada de las necesidades municipales".

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones, creando un cuerpo doctrinal importante. Resalto a manera de resumen indicativo de sus declaraciones a respetar por todos los poderes públicos las siguientes:

- La libertad de empresa es una garantía constitucional operante en virtud de lo establecido en el art. 53.1 CE en un doble plano, el de la reserva de Ley y el de la existencia de un núcleo o contenido esencial del que ni siquiera el legislador puede disponer (entre otras, SSTC 5/1981, 264/1993, 195/1996; y 61/1997).
- La libertad de empresa en cuanto elemento de un determinado sistema económico se ejerce dentro de un marco general configurado, por reglas tanto estatales como autonómicas, que entre otras y por lo que a nosotros nos ocupa, las que organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos.
- Las Leyes reguladoras de la libertad de empresa no han de ser necesariamente estatales. Las CCAA pueden establecer un marco dentro del cual haya de desarrollarse dicha libertad, siempre que estas leyes autonómicas no afecten a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, ni incidan en materias de competencias exclusivas del Estado (Entre otras, SSTC 37/1998 y 264/1993).
- El contenido esencial de la libertad de empresa no resulta determinado expresamente por la CE, tiene un carácter esencialmente patrimonial y no incluye un derecho incondicional a la libre instalación (Entre otras SSTC 83/1984; 225/1993 y 227/1993).
- En ningún caso la libertad de empresa puede amparar la vulneración de los derechos reconocidos en el Capítulo II de la Constitución.

En resumen, en este epígrafe hemos querido subrayar los peligros que la constitución de grandes bolsas públicas de suelo y de empresas públicas urbanísticas puede generar desde la perspectiva de la necesidad de preservar un mercado único a escala nacional, no interferido por las posiciones oligopolistas de los municipios y CCAA, y la necesidad de limitar su actividad económica a la consecución de fines de interés general, respetando en todo caso la libertad de empresa y la libre competencia.

V. LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

En este apartado voy a reflexionar en la incidencia que tiene en el Derecho de Propiedad la declaración de Reservas de Suelo para adquirir por expropiación forzosa, y para destinar los suelos obtenidos para "viviendas protegidas y a otros fines de interés social". ¿Afectan o no estas habilitaciones legales al contenido esencial del Derecho de propiedad, constitucionalmente protegido?

Tal y como he planteado la cuestión no tiene una respuesta fácil, ni siquiera es una cuestión, doctrinalmente hablando, pacífica. Por otra parte, no me parece esta Mesa Redonda el instrumento adecuado para profundizar en un tema de tanto calado jurídico y político. Pero sí creo conveniente facilitar mi punto de vista sustentado en las más recientes declaraciones jurisprudenciales del TEDH y del TJCE amén de hacer referencia al proyecto de Ley Orgánica 12-05-2008 por el que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa.

Para mí es un presupuesto rechazable de la ciencia jurídica mezclar argumentos que son de "*lege data*" con los que son de "*lege ferenda*", por eso he aclarado previamente que mi punto de vista, mi tesis, la que vengo manteniendo desde hace muchos años, se sustenta en las declaraciones de los altos Tribunales citados –a título de ejemplo, las Sentencias del TEDH caso Sporrong y Löuroth contra Suecia, de 23 de Septiembre de 1982; Caso Belvedere Alberghiera SRL contra Italia -Caso del Ex Rey de Grecia y otros contra Grecia 21 de Octubre de 1999-. En síntesis sostengo que si la materia como la que nos ocupa incide en competencias propias del Derecho Comunitario y está en juego la interpretación de este Derecho, que es el que va a prevalecer en último término, no podemos ofuscarnos en intentar seguir enfocando la cuestión desde la perspectiva del Derecho Nacional, del Derecho Interno, sin centrarnos en la propia del Derecho Comunitario. Desgraciadamente en España –Ley 8/2007 de 28 de Mayo- y en concreto en Andalucía seguimos "*ofuscados*" desde hace más de cuarenta años en las mismas recetas que como resulta evidente, no han resuelto ni la especulación del suelo ni el problema de la vivienda.

¿Cuál es la doctrina del Derecho Comunitario en cuanto a la obligación de los poderes públicos de salvaguardar el contenido esencial del Derecho de Propiedad? Veamos un resumen de las Sentencias citadas del TEDH.

V.1. Doctrina del TEDH:

- **Caso Sporrong y Löuroth contra Suecia. Sentencia de 23 de Septiembre de 1982.**

El caso planteado por los herederos del Sr. Sporrong y la Sra. Lönnroth supuso la privación de hecho de sus propiedades inmobiliarias urbanas, en el centro de Estocolmo, afectadas por un permiso de expropiación según la legislación sueca de 1917, por plazos sucesivamente prorrogados, hasta 25 años para la herencia Sporrong y 23 años para la Sra. Lönnroth.

Los demandantes no cuestionaron la legalidad de las medidas expropiatorias, sino su duración y los efectos degradadores sobre su derecho de propiedad, al limitar su uso y disfrute en la práctica. Y también de hecho el de disposición, pues fracasaron en los intentos de venta a un precio razonable.

La combinación de dos medidas legales pero limitativas, como según la legislación sueca sobre expropiación forzosa y urbanismo, les permitía a los autoridades municipales de Estocolmo, supuso una carga especial y exorbitante, que sólo habría podido ser legítima si

hubieran tenido la posibilidad de reclamar que se abreviaran los plazos, o de pedir una indemnización, circunstancias éstas no contempladas por la legislación sueca de la época.

La Ley sobre Urbanismo de 1947, constituye el instrumento jurídico que habilitó a las autoridades municipales de Estocolmo a construir un viaducto que pasara por encima de uno de los entes comerciales del centro de la capital. En España sería el desarrollo de un planeamiento general, mediante el planeamiento especial de reforma interior el habilitante para ejecutar las expropiaciones de los bienes y derechos afectados.

El Tribunal señala que en Suecia las funciones administrativas, competen, en gran parte, a autoridades administrativas cuyo mecanismo de decisión es independiente del gobierno. Sin embargo, es práctica corriente apelar las decisiones de las autoridades administrativas ante el gobierno. También el Tribunal recoge –punto 47- que *“de forma general, la Administración sueca escapa al control de los Tribunales ordinarios”*. En definitiva, las decisiones del gobierno no son susceptibles de recurso.

En relación al reproche que la injerencia sufrida por los demandantes en sus bienes mereció al Tribunal, citamos su propia justificación en los puntos 60, 69 y 73 al declarar:

“Si se dejaba jurídicamente intacto el derecho de los interesados a disponer y usar de sus bienes, los permisos de expropiación no hubieran reducido tanto la posibilidad práctica de su ejercicio. Ellos afectan también a la sustancia misma de la propiedad ya que reconocían con antelación la legalidad de una expropiación y autorizaban a la ciudad de Estocolmo a proceder de esta forma y cuando ellos lo consideraran oportuno...”.

Los demandantes han sufrido, pues, una injerencia en su derecho de propiedad, que la Comisión ha subrayado correctamente; las consecuencias se han agravado sin duda alguna por la utilización conjunta de los permisos de expropiación y prohibición de construcción durante un largo período de tiempo. El Tribunal no ha perdido de vista esta preocupación del legislador; además, juzga natural que en un campo tan complejo y difícil como la ordenación de las grandes ciudades del Estado cuenten con un amplio margen de apreciación para llevar a cabo su política urbanística. Sin embargo, el Tribunal no puede renunciar a su poder de control. A él le corresponde verificar si el equilibrio se ha preservado de una forma compatible con el derecho de los demandantes al *“respeto de sus bienes”* en el sentido de la primera frase del art. 1. Relacionadas de esta forma, las dos medidas han creado una situación que ha roto el justo equilibrio que debe existir entre la salvaguardia del derecho de propiedad y las exigencias del interés general. El Tribunal, por diez votos contra nueve, dice que ha habido violación del art. 1 del Protocolo nº 1 en el caso de los dos demandantes y por doce votos contra siete, que ha habido violación del art. 6, párrafo 1 del convenio en los dos casos de los demandantes.

• **Caso Belvedere Alberghiera SRL contra Italia.**

El origen del conflicto se sitúa en el 2 de Mayo de 1996 al presentar la entidad mercantil Belvedere Alberghiera SRL en base al antiguo art. 25 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales una *“vulneración injustificada de su derecho al respeto de sus bienes”*. La Sala del Tribunal el 21 de Septiembre declaró la admisibilidad de la demanda y decidió celebrar una vista sobre el fondo.

A) Los Hechos.

- La demandante era propietaria del Hotel Belvedere situado en el monte Argentario y de un terreno de 1375 m2 como acceso directo de los clientes del hotel a la playa.
- El 19 de Mayo de 1987 el municipio de Monte Argentario aprobó un proyecto de una carretera que afectaba al suelo del actor, que fue ocupado por la vía de urgencia el 25 del mismo mes y año.
- La actora interpuso recurso ante el Tribunal Administrativo de Toscana que fue estimado el 2 de Diciembre de 1987 porque *“el proyecto en litigio se aprobó sin realizar con anterioridad exámenes técnicos suficientes”*. La Sentencia adquirió la condición de *“fuerza de cosa juzgada”* el 9 de Junio de 1989.
- La actora inició la ejecución obteniendo la respuesta de que la Sentencia de 2 de Diciembre de 1987 *“resultaba imposible por la expropiación indirecta”*, declarando:
 1. Por la expropiación indirecta, la demandante ya no era propietaria del terreno que pertenecía ahora al municipio de Monte Argentario.
 2. La ilegalidad de esta transferencia de propiedad otorgaba a la reclamante el derecho a exigir daños y perjuicio ante los Tribunales Civiles.
 3. El Consejo de Estado mediante Sentencia de 7 de Febrero de 1996 rechazó el recurso de la demandante, por entender que *“el 7 de Agosto de 1987 debería considerarse como fecha de la transferencia de la propiedad del terreno, ya que en esta fecha el destino de éste devino irreversible por la terminación de las obras”* la misma fecha 7 de Agosto de 1987 será *“el dies a quó”* para la prescripción del plazo de la reclamación de daños y perjuicios.

B) Derecho y práctica internos aplicables.

La Ley 85 de 22 de Octubre de 1971 permite a la Administración construir con anterioridad a la expropiación, si se decretó la utilidad pública de la obra o proyecto y además esta urgencia o anticipación será por una duración que no debe exceder los cinco años.

Al estudiar el principio *"de expropiación indirecta"*, el Tribunal de Casación se pregunta si simplemente por el efecto de las obras realizadas, el interesado había perdido igualmente la propiedad del terreno. También parte de aclarar qué se entiende por ocupación ilegal: *"ab initio"*, es decir sin título; o bien una ocupación inicialmente autorizada y, a continuación, devenida sin título. Tras esta distinción la Sentencia del TEDH en sus puntos 23, 24 y 25 recoge tres declaraciones jurisprudenciales del Tribunal de Casación: una primera por la que el propietario del terreno no perdería la propiedad, aunque se hubiese terminado la obra, pero solamente podría emprender una acción de daños y perjuicios por ocupación abusiva, sin plazo de prescripción. Una segunda en la que tampoco perdería la propiedad del terreno y podría recuperarlo cuando la actuación de la Administración no estuviere amparada por la declaración de utilidad pública. Y la tercera, por la que el propietario del terreno perdería automáticamente la propiedad desde el momento de la transformación irreversible de aquél, naciendo también automáticamente el derecho a reclamar daños y perjuicios. Esta tercera posición fue consagrada por la Sentencia 1464 de 16 de Febrero de 1983 del Tribunal de Casación, que en definitiva *"santificó"* la expropiación indirecta y el derecho a una reparación íntegra, fijándose después de algunas vacilaciones el plazo de prescripción en 5 años, que comenzaba a transcurrir en el momento en el que el terreno se transformara irreversiblemente (S. Tribunal de Casación 22 Noviembre de 1992).

El Tribunal Constitucional italiano, en Sentencia 188 de 1995 según se recoge en el punto 33 de la Sentencia del TEDH que comento, se declaró incompetente sobre la cuestión de la compatibilidad del principio de la expropiación indirecta con la Constitución, por ser una construcción jurisprudencial. Juzgó compatible el plazo de prescripción de 5 años con la Constitución y, formula esta declaración importantísima, que reproduzco literalmente:

"El Tribunal señaló que el hecho de que la Administración se convierta en propietaria de un terreno beneficiándose de su comportamiento ilegal no plantea problemas sobre el plano constitucional, ya que el interés público, a saber, la conservación de la obra pública, supera al interés particular, a saber, el derecho de propiedad". (Sobre este particular ya destacaré el voto particular de adhesión a la Sentencia del TEDH del Juez BONELLO).

El Tribunal Constitucional también señaló que *"puede reclamarse una indemnización íntegra, hasta el valor venal del terreno, cuando la ocupación y la privación del terreno no han tenido lugar por causa de utilidad pública"*.

C) Los Fundamentos de Derecho.

El TEDH construye su fundamentación jurídica en dos grandes apartados: Sobre la violación del artículo 1 del protocolo nº 1 y sobre la aplicación del art. 41 del Convenio. En el primero de los apartados citados que comprende los puntos 37 a 62, el Tribunal resume las posiciones de la demandante y el gobierno, para entrar en el análisis de la observación del art. 1 del Protocolo nº 1 declarando resumidamente la siguiente doctrina:

a) Punto nº 52. *"El Tribunal señala que las partes acordaron decir que hubo privación de propiedad"*.

b) Punto nº 57. *"El Tribunal no considera útil juzgar in abstracto si el papel que un principio jurisprudencial como el de la expropiación indirecta, ocupa es semejante al ocupado por las disposiciones legislativas. Sin embargo, recuerda que el principio de legalidad significa la existencia de normas de derecho internas suficientemente accesibles, precisas y previsibles (Sentencia Hentrich contra Francia de 22 de Septiembre de 1994, Serie A nº 296-A, pág. 19-20, ap. 42, Sentencia Lithgow y otras contra Reino Unido de 8 de Julio de 1986, serie A núm. 102, pág. 47, ap. 110)"*. (Después aclararé como el Juez Bonello, si consideró conveniente pronunciarse).

c) En los núms. 62 y 63 el Tribunal señala que la injerencia producida no es conforme con el art. 1 del Protocolo nº 1 y que, en consecuencia *"tal conclusión le dispensa a la hora de ver si se ha mantenido un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la Comunidad y los imperativos de la protección de los derechos individuales"*. *"Por tanto, ha habido violación del art. 1 del Protocolo nº 1"*.

d) En los núms. 68 y 69 el Tribunal llega a la conclusión que ha existido una apropiación por parte del terreno de la demandada y *"la mejor forma de reparar en este caso consiste en la devolución del terreno por el Estado, además de una indemnización por los perjuicios materiales sufridos, como no poder disfrutar, y una indemnización por el daño moral"*.

El Juez G. Bonello muestra una opinión concordante con el Tribunal que funda en 9 puntos de los que rescato el 6 por su contundencia y, desde luego, por suscribirlo íntegramente:

"A diferencia del Tribunal Constitucional italiano, la conducta ilegal de las autoridades me plantea verdaderamente un problema. Me cuesta infinitamente convencerme de que un acto ilegal es un acto ilegal, pero más que la suma de dos actos ilegales da lugar a derechos a favor de los contraventores. Desde nuevos marcos de ética jurídica que, una vez que un edificio sea construido irregularmente en un terreno irregularmente adquirido, transformarán de alguna manera un abuso en legalidad. Los programas de construcción están sin duda alguna dotados de beneficiosas virtudes; transformar un daño en derecho no es, que yo sepa, una de ellas".

- **Caso Ex Rey de Grecia y otros contra Grecia.**

Según manifiesta el cuerpo de la Sentencia, el Tribunal deliberó en privado los días 14 de Junio y 25 de Octubre de 2000. El origen del conflicto arranca de una demanda (nº 25701/1994) presentada ante la Comisión el 21 de Octubre de 1994. La Comisión admitió parcialmente la demanda el 21 de Abril de 1998 acordando por unanimidad en el informe de 21 de Octubre de 1999, que había habido por parte de la República de Grecia violación del art. 1 del Protocolo nº 1.

A.- Síntesis de los Hechos.

Los demandantes –el ex Rey y la familia real de Grecia- presentaron títulos de propiedad referentes a sus bienes en Grecia. (No es del caso ni útil relatar “las circunstancias jurídicas y fácticas” de los bienes). Sí conviene dejar constancia de:

a) En Octubre de 1973, la dictadura militar promulgó, conforme al art. 134.3 de la Constitución de 1968 (modificada en 1973), el Decreto-Ley nº 225/1973, en virtud del cual todos los bienes muebles e inmuebles del ex soberano y de la familia real fueran confiscados en la fecha de la publicación del Decreto en el Boletín Oficial (el 14 de Octubre de 1973) y la propiedad de los bienes confiscados fue transferida al Estado griego. (del punto nº 26, de la Sentencia).

b) El Decreto anterior preveía la concesión de una indemnización de 120.000.000 de GRD, debiéndose reclamar antes del 31 de Diciembre de 1975, pero que nunca se reclamó.

c) En 1992 el Estado griego y el ex soberano llegaron a un acuerdo, que figuraba en la escritura notarial nº 10573/1992 de 3 de Junio. Este acuerdo fue anulado por la Ley nº 2.215/1994.

d) El Tribunal Supremo Especial, por Sentencia dictada el 25 de Junio de 1997 consideró por trece votos contra cuatro que la Ley nº 2215/1994 era inconstitucional.

B.- Del derecho interno aplicable destaca el Tribunal los arts. 4 y 17 de la Constitución de 1975 por los que se declara que todos los hombres y mujeres tienen los mismos derechos y obligaciones, y que la propiedad está bajo protección del Estado.

C.- Fundamentos de Derecho.

El Tribunal justifica su decisión en dos grandes apartados: 1) Sobre la violación del art. 1 del Protocolo nº 1 y 2) Sobre la violación del art. 14 del Convenio en relación con el art. 1 del Protocolo nº 1.

1.- Sobre la violación del art. 1 del Protocolo nº 1 merecen destacarse en mi opinión las siguientes declaraciones del Tribunal.

Después de analizar las tesis de los comparecientes sobre la existencia de un bien de acuerdo con el art. 1 del Protocolo nº 1 y la del gobierno, así como recoger que “la Comisión consideró que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2215/94 los bienes en cuestión pertenecían a los demandantes”.

- “Que la noción de bienes recogida en la primera parte del art. 1 tiene un alcance autónomo que es independiente respecto a las calificaciones formales del derecho interno”.

- “Puntualiza, por otro lado, que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley nº 2215/1994, el Estado griego trató en varias ocasiones a los miembros de la familia real como propietarios privados de las fincas en cuestión”.

- Considera pues que los bienes en cuestión pertenecían a los demandantes a título privado y no en su condición de miembros de la familia real; por lo tanto, las fincas en litigio constituyen un bien en el sentido del art. 1 del Protocolo nº 1, que se aplica en este caso.

Llegados a esta conclusión ha de comprobarse sobre el cumplimiento del art. 1 del Protocolo nº 1 por el Estado griego, si ha existido o no ingerencia en el derecho de propiedad, y si esta ingerencia estaba prevista por la Ley. Al igual que la Comisión, el Tribunal considera que la Ley nº 2215/1994 constituye la única base legal de la ingerencia denunciada, pero vista la Sentencia del Tribunal Supremo Especial, el Tribunal no podía dictaminar la inconstitucionalidad de la Ley 2215/1994.

- El Tribunal debe comprobar si esta privación de la propiedad perseguía un fin legítimo, si existía o no causa de utilidad pública en el segundo apartado del art. 1 del Protocolo nº 1. También debe preguntarse el Tribunal por la proporcionalidad en la ingerencia y velar por el justo equilibrio entre las ingerencias del interés general de la Comunidad y las de protección de los derechos fundamentales del individuo. En concreto para toda medida de privación de propiedad debe existir una proporción razonable entre los medios empleados y el fin perseguido. A este respecto el Tribunal ya ha dictaminado que sin el pago de una suma que tenga una relación razonable con el valor del bien, una privación de propiedad constituye normalmente un ataque excesivo.

- El Tribunal –punto 99- considera en consecuencia que la ausencia de indemnización por la incautación de los bienes de los demandantes rompe, en contra de éstos, el equilibrio justo entre la protección de la propiedad y las exigencias del interés general. Por lo tanto, hubo violación del art. 1 del Protocolo nº 1.

2. Sobre la violación del art. 14 del Convenio en relación al Protocolo nº 1.

El Tribunal al igual que la Comisión no considera necesario examinar la alegación de vulneración del art. 14 del Convenio en relación al Protocolo nº 1, no está en situación de ser juzgada y por todos los motivos resumidamente expuestos, declara:

- a) Por quince votos contra dos, que hubo violación del art. 1 del protocolo nº 1.
- b) Por unanimidad, que no procede examinar la queja de los demandantes en el terreno del art. 14 del Convenio en relación con el art. 1 del Protocolo nº 1.

• **Caso Henri L. Contra Francia. Sentencia de 11 de Abril de 2002.**

Un resumen apretado del caso resuelto por la Sentencia que paso a comentar puede ser el siguiente:

El agricultor Henri L., su madre, por estar a su cargo, un hermano y los dos hijos de éste último, eran titulares de una explotación familiar que comprendía una finca de 135.528 m² que lindaba con una granja destinada a la cría de 30 vacas lecheras para la producción de leche, más 12 Has. de prados situados fuera aunque próximos a la explotación, para pasto de ganado joven para venta. El Sr. Henri L., señaló que *“por motivos personales, familiares y sentimentales, no solicitaba la ocupación total prevista en el art. L.13-11 del Código de Expropiación”*. Señaló por el contrario que la expropiación del 60% de las tierras destinadas a la producción de leche, impedirían la continuidad de dicha actividad y llevaría consigo un desequilibrio grave en la explotación, hasta el punto de que ya no podría continuar y perdería de esta forma sus medios de subsistencia y los de su familia, solicitando el pago de una indemnización estimada en consecuencia y que compensara la pérdida de sus ingresos.

En definitiva, y lo novedoso del caso consiste en si con el pago de la depreciación del resto de los bienes afectados se compensa o no al titular de la explotación. En palabras del Tribunal –punto 20-: *“En opinión del Tribunal se plantea en consecuencia la cuestión de saber si las indemnizaciones pagadas al demandante cubrían la pérdida de su “herramienta de trabajo” o permitían la reconstrucción de éste tras la expropiación”*.

El Tribunal declara como doctrina general que toda injerencia en el derecho al respeto de los bienes debe mantener un *“equilibrio justo”* entre las exigencias del interés general de la Comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo en cuestión. En materia de expropiación, dicho equilibrio se consigue por regla general cuando el expropiado percibe una indemnización *“razonable en relación”* con el valor comercial del bien, y termina en el punto 24 concluyendo que *“la indemnización pagada no es razonable en relación con el valor del bien expropiado ya que no cubre específicamente la pérdida de la “herramienta de trabajo” del demandante, y por otro lado, los arts. L 13-10 párrafo 3 y L 13-11 del Código de Expropiación no ofrecen la posibilidad efectiva de remediar la situación enjuiciada”*.

En resumen, como la expropiación enjuiciada llevó consigo la pérdida de la *“herramienta de trabajo”* del demandante sin la indemnización adecuada, el interesado sufrió una *“carga especial y exorbitante”*. Por lo tanto hubo violación del art. 1 del Protocolo nº 1.

El interés doctrinal de la Sentencia a mi juicio es que el Tribunal extienda su declaración por violación del art. 1 del Protocolo nº 1, no por falta inadecuada de la indemnización por los bienes y derechos ocupados por la expropiación realizada, sino que, al no encontrar acomodo en el derecho francés la expropiación total, cuando, como en el caso enjuiciado, el expropiado no puede solicitar dicha expropiación u ocupación total, sino para una parcela a la que se haya amputado una parte, es decir que al expropiado debe compensarse incluso por la pérdida de su herramienta de trabajo.

El Tribunal aprovecha su dictamen para recordar que *“debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido por toda medida que prive a una persona de su propiedad”*. También recuerda que *“dicho equilibrio se rompe cuando la persona afectada debe sufrir una carga especial exorbitante”*. Y no duda, como en el caso enjuiciado en considerar que *“pese al margen de apreciación del Estado, cuando el bien expropiado es la “herramienta de trabajo” del expropiado, la indemnización pagada no será “razonable respecto al valor del bien” cuando, de una forma o de otra, no cubra dicha forma específica”*. En apoyo de esta interpretación del art. 1 del Protocolo nº 1, recuerda su máxima según la cual *“el convenio consiste en proteger derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos”*.

A mi manera de ver en el derecho español tendría acomodo esta declaración del TEDH y del art. 1 del Protocolo nº 1 a juzgar por el contenido del art. 1.1 de la Ley aún vigente a pesar de su fecha de 16 de Diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa que merece la pena recordar en este momento:

“Es objeto de la presente Ley de expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés a que se refiere el art. 32 del fuero de los Españoles (hoy habría que decir art. 33.3 de la CE), en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”.

¿Cabe en la espléndida definición del objeto de la expropiación forzosa del derecho español, la pérdida de la “herramienta de trabajo”? A mi juicio sí. Además, la jurisprudencia de nuestro T.S. no tiene ninguna duda al interpretar entre los perjuicios por rapidez de ocupación previstos en el art. 52 la indemnización por pérdidas de rescisiones de contratos de trabajo.

La Sentencia comentada me parece un avance importante en la línea de interpretar el art. 1 del protocolo nº 1, sin las restricciones formalistas, que impiden más que tutelan, la posibilidad de remediar auténticos atropellos bajo el paraguas protector de la expropiación forzosa para fines de utilidad pública o interés social, más ficticias que reales en muchos casos.

V.2 Recapitulación de la doctrina del TEDH

De las Sentencias estudiadas, seleccionadas por la conexión íntima que tienen los casos resueltos con el derecho de propiedad como derecho fundamental a mi entender, deduzco las siguientes conclusiones:

Del caso Sporrang y Lohrouth contra Suecia me interesa resaltar que el Tribunal ha condenado una situación de incertidumbre y precariedad del derecho de propiedad, bien por la falta de una regulación clara y precisa, bien por la actuación o la falta de actuación de la Administración.

Del caso Belvedere Alberghiera SRL contra Italia destaco que sin pronunciarse “*in abstracto*” sobre la incidencia de una construcción o principio jurisprudencial, -la expropiación indirecta-, considera que en el caso concreto juzgado se ha violado el art. 1 del Protocolo nº 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, por no respetarse el principio de legalidad.

Del caso del ex Rey de Grecia y otros miembros de la familia real.

El TEDH llega también a la estimación parcial de las pretensiones de los demandantes, y resalta la violación del art. 1 del Protocolo nº 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Las Libertades Fundamentales, por no haber respetado el Estado griego el principio de proporcionalidad en la ingerencia, y no velar por el justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y las de la protección de los derechos fundamentales del individuo.

Caso Henri L. Contra Francia. Supone, a mi juicio, una declaración trascendental el considerar el Tribunal como indemnizable en concepto de partida independiente y una vulneración del artículo 1 del Protocolo adicional nº 1 del Convenio, la pérdida de “*la herramienta de trabajo*”.

V.3 Doctrina del TJCE:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ha pronunciado reiteradamente, sobre todo en las cuestiones prejudiciales que le han planteado los Estados Miembros y, también, aunque en menores supuestos, en relación al respeto al derecho de propiedad. Entiendo que, al ser éste un derecho fundamental, las cuestiones sustantivas o de fondo son más competencia del TEDH que del TJCE. Ahora bien, las declaraciones de este último en relación al sistema de contratación administrativa son plenamente aplicables en relación al respeto debido por los poderes públicos a los derechos de los propietarios. No estoy solo en denunciar que el presentar al agente urbanizador como la panacea en la lucha contra la especulación y en la recuperación de las plusvalías para la comunidad sea la solución, antes al contrario, resulta en la práctica, que esta medida aparentemente socializadora y beneficiosa para los intereses generales, en realidad insisto, beneficia a unos pocos, los promotores inmobiliarios no propietarios, en perjuicio de los pequeños propietarios.

Así por ejemplo, las Sentencias de 12 de Diciembre de 2006, autos T-155/04 SELEX Sisteni Integrati Spa contra Comisión; 20 Octubre de 2005 Comisión contra Francia, 16 de Marzo de 2006 (caso C 332-2004, Comisión- España, Centro de Ocio en Paterna, Valencia).

En definitiva, aunque peque de reiteración, las consecuencias prácticas en numerosos supuestos ya enjuiciados, en nuestro país, en el levante español sobre todo, puede resumirse con TARDIO PATO en la siguiente reflexión:

“La fundamentación de la figura del agente urbanizador en la función social de la propiedad ha conducido, en la práctica, a que lo que se invocaba como una socialización de la propiedad del suelo, por exigencias del interés general, haya servido para en realidad justificar la sustitución forzosa o casi forzosa de pequeños propietarios por promotores inmobiliarios no propietarios, que asumen anticipadamente las plusvalías del suelo en cuestión y han obtenido rápidos beneficios, sin que se les haya exigido siquiera una experiencia empresarial acreditada, incluso con generación de nuevas situaciones de monopolio y oligopolio del suelo urbanizado, y con afección negativa al contenido esencial de uno de los derechos fundamentales básicos de la civilización occidental, e incluso mundial, como es el derecho de propiedad”.

V.4 Recapitulación de la doctrina del TJCE:

Las tesis que vengo sosteniendo también se fundan en la doctrina declarada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.(ver a título de ejemplo las Sentencias invocadas)

Ha habido declaraciones específicas en relación a la necesidad de respetar el contenido esencial del derecho de propiedad como derecho fundamental. A título de ejemplo, las siguientes Sentencias, todas ellas del TJCE, en las que se estudia directamente la gestión urbanística desde el punto de vista contractual y su relación con la posición jurídica al respecto de los propietarios del suelo:

- 12 de Julio de 2001 (Caso Scala de Milán)
- 20 de Octubre de 2005 (Comisión/Francia, asunto C-264/03/)
- 18 de Enero de 2007 (Asunto C-220/05, Jean Aurox y otros contra la Comunidad de Roanone).

La doctrina del Tribunal, a mi manera de ver y resumidamente, es la siguiente:

1. La calificación jurídica de los contratos que vinculan a la Administración actuante y a los encargados de las operaciones de gestión urbanística exige el respeto del Derecho Comunitario y no el que se desprende del Derecho Nacional en el caso de que contradiga a aquél. (Sentencia de 20 de Octubre de 2005; Caso Comisión contra Francia, apartado 36; Sentencia 18 de Enero de 2007, Caso Jean Aroux y otros, apartado 40.
2. Se admite que la legislación nacional de un Estado miembro reserve la gestión urbanística a los propietarios, por lo que tal designación no estará sometida a licitación (Sentencia 2001 caso Scala de Milán, apartado 100), y la ya citada Sentencia de 2005 Comisión contra Francia.
3. En el caso de que no opere una reserva a favor de los propietarios y la Administración responsable encargue a personas públicas o privadas sólo las tareas de gestión en sentido estricto, excluidas la ejecución de las obras de urbanización, aquellas contrataciones estarán sometidas en principio al contrato público de servicios.
4. La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del TJCE de 16 de Septiembre de 2004, Volucont c. Comisión Os. T-274/01) ha merecido la siguiente reflexión a J.R. FERNANDEZ TORRES que compartimos. *“¿Quien no advierte la existencia de cuando menos indicios de elementos de ayudas de Estado en tantas y tantas operaciones expropiatorias, máxime cuando la administración se siente tentada de convertirlas en negocios lucrativos per se, contraviniendo lo dispuesto en el art. 33.3 CE y la legislación que lo desarrolla? No creo sean precisos mayores detalles, porque a buen entendedor, pocas palabras bastan”.*

V.5 Proyecto de Ley Orgánica de 12-5-2008 por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 3 de diciembre de 2007.

Al comienzo de este mismo apartado del presente trabajo rechazaba mezclar argumentos en base a principios de *“lege data”*, con los que son de *“lege ferenda”*. Hasta aquí he expuesto mis razonamientos en base al derecho positivo vigente -*“de lege data”*- a continuación, sin mezclarlos, trataré de fundamentar mi posición en argumentos *“de lege ferenda”*.

La Exposición de motivos del Proyecto de Ley que acabo de citar declara:

“Por último debe resaltarse con especial énfasis que, según el Tratado de Lisboa, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de Diciembre de 2000, tal como fue adoptado el 2 de Diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual, proclama, tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Se trata de un avance de considerable valor político, además de jurídico, en el proceso de construcción de la unión y de la ciudadanía europea. Por ello, y porque se considera conveniente desde el punto de vista de la transparencia y de la proximidad al ciudadano, se reproduce en el art. Segundo de esta Ley Orgánica el texto íntegro de la citada carta tal y como fue publicado en el diario oficial de la Unión Europea de 4 de Diciembre de 2007 (2007/c 303/0)”.

Por lo que al tema que abordo interesa, reproduzco el art. 17 que regula el Derecho de Propiedad.

Art. 17:

“1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la Ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por Ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.

2. Se protege la propiedad intelectual”.

Como puede observarse del contenido de este precepto *“la Carta”* ya ha dejado de ser un texto programático, es decir inspirador de políticas para los poderes públicos y norma de interpretación auténtica para los Tribunales, para convertirse en fuente de derecho de obligado cumplimiento de máximo nivel, a respetar por todos los poderes públicos del Estado español, al ser su Texto un Tratado y, por lo tanto, Derecho originario.

También merecen resaltarse estas tres cuestiones recogidas en el Texto del art. 17, que en mi opinión tienen una especial relevancia, a saber:

Primera: Sólo se puede perder la propiedad por causa de utilidad pública, recibiendo una indemnización en tiempo razonable y manteniéndose la reserva de Ley.

Resulta claro pues, que las ocupaciones anticipadas de bienes por un precio cuasi simbólico demorando su justa indemnización más allá del tiempo razonable, viola el Tratado y la decisión legislativa o ejecutiva que diera esa cobertura sería nula por aplicación del principio de legalidad. Esto sería así, aunque la demora en recibir la justa indemnización se palie con el pago de intereses. No puede convertirse el derecho de propiedad en un derecho de crédito frente a la Administración o sus agentes, porque sería contrario al art. 17 repetidamente citado.

Segunda: También todos sabemos que la expropiación para Reservas de Suelo suele dilatarse la ejecución, del fin que las habilitó, sin que se pueda justificar más tiempo del razonable. Esta práctica sería contraria al Tratado de Lisboa y al art. 17 que venimos invocando.

Tercera y última: La indemnización a recibir a cambio, ha de ser justa.

VI. RESERVAS DE SUELO Y DERECHO DE REVERSIÓN

No cabe duda que la delimitación de Reservas de Suelo supone el ejercicio de una potestad que se materializa, primero en la adquisición de los suelos delimitados por expropiación forzosa generalmente y, después en su ejecución. Nadie cuestiona que la gestión urbanística sea una función pública competencia de la Administración competente. A este respecto el profesor JOSE ANTONIO TARDIO PATO ya citado ha publicado recientemente –año 2007- en Editorial THOMSON-ARANZADI una sugestiva monografía que titula “*La gestión en el Derecho de la Unión Europea, del Estado Español y de la Comunidad Valenciana*”, que en mi opinión y por lo que conozco, agota el tema desde la perspectiva que se aborda. Además, pienso que sus reflexiones pueden ser aplicables, con precisiones claro está, a la Comunidad Andaluza. Desde luego a todo el Estado, el Capítulo III al que me remito.

De particular interés para esta Mesa Redonda me parece el análisis de la gestión por Entes institucionales de distinta Administración – SEPES- por ejemplo, y sobre todo en Andalucía –EPSA-. A ninguno de los presente se le escapa la cada vez más frecuente gestión de grandes bolsas de suelo de titularidad municipal o autonómica, gestionadas por EPSA ¿Qué declaraciones del TJCE con sede en Luxemburgo son de aplicación para estos supuestos? Veamos algunos casos significativos.

La doctrina del TJCE –Comisión Reino de España de 16 de Octubre de 2003, asunto C-283/00, TJCE 2003, 329 apartado 82- declara que si el encargo objeto del contrato público de servicios es exclusivamente para llevar la gestión urbanística sin ejecución de la obra urbanizadora, para que pudiera excluirse el sometimiento de estas entidades –SEPES o EPSA por ejemplo- a licitación, en concurrencia con otras entidades privadas, tendría que verificarse que además de contar con personalidad jurídica y que su financiación mayoritariamente proviniese de entidades públicas o que estuviesen controlada por las mismas, **la satisfacción de necesidades públicas no tuviera carácter comercial o mercantil**, de lo cual es indicador que el organismo en condiciones normales de mercado tenga ánimo de lucro y soporte las pérdidas derivadas del ejercicio de su autoridad.

Si aplicamos estas declaraciones a los casos SEPES y EPSA la conclusión sería que no le es aplicable la exclusión del proceso licitatorio del art. 18 de la Directiva 2004/18/CE.

La STJCE de 13 de Enero de 2005 (caso Comisión-España) declaró que los convenios interadministrativos –por ejemplo Ayuntamientos y otras Administraciones públicas o sus empresas públicas, valga la redundancia-, tan sólo estarán excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública europea cuando se cumplan los requisitos expuestos anteriormente.

Creo que es poco discutible que la delimitación y gestión de una Reserva de Suelo es una gestión pública que en numerosas ocasiones se materializa por sociedades mercantiles con capital totalmente público, pero que no es del Municipio –poder adjudicador- sino de la Administración de la Comunidad Autónoma, claro ejemplo las cada vez más numerosas adjudicaciones a EPSA- En estos supuestos la adjudicación municipal estará sometida a la normativa contractual pública de las Directivas citadas.

VI.1. El derecho de reversión: marco normativo.

Desde la Ley 16 de Diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa -el art. 54- los supuestos justificativos para que nazca el derecho de reversión son:

- a) No ejecutarse la obra o implantarse el servicio.
- b) Que quede parte sobrante de la superficie expropiada
- c) Desafectación por cambiar el fin que justificó la expropiación.

La Ley 8/90 desde la perspectiva urbanística, en su art. 75 reguló el derecho de reversión, que fue recogido en los arts. 225 y 226 del Texto Refundido 1/92 de 26 de Junio. Las leyes de Suelo estatal para entendernos 6/98 y 8/2007 regulan este Derecho en sus arts. 46 y 29 respectivamente.

Desde la perspectiva no urbanística sino general, la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre de Ordenación de la Edificación mediante su disposición adicional quinta le da una nueva redacción a los arts. 54 y 55 de la Ley de 16 de Diciembre de 1954. En definitiva el derecho

de reversión para las expropiaciones forzosas no urbanísticas se regula por los arts. 54 y 55 en la redacción de la Ley 38/1999. Y las expropiaciones urbanísticas por la Ley 8/2007 de 28 de Mayo estatal de suelo y por las previsiones de la LOUA que no contradigan esa regulación en el caso de Andalucía. Pero a la luz de la Disposición Derogatoria de la Ley 8/2007 siguen vigentes también los arts. 225 y 226 del TR 1/92.

Este galimatías de normas impone que detenga mi atención sólo en aquellas cuestiones que pueden interesar en este momento, no sin denunciar que siguen pendientes de regularse los siguientes problemas:

- Criterios de valoración.
- Plazos para interesar la reversión
- Caducidad del Derecho
- Las llamadas “Expropiaciones híbridas”
- ¿Competencia de la legislación autonómica?
- Acceso al Registro de la Propiedad

De todos los enunciados, voy a estudiar estos tres: a) supuestos que habilitan a interesar el derecho de reversión, b) plazo para pedirlo y c) la cuestión que llamo “expropiaciones híbridas”.

VI.1.1 Supuestos que habilitan a interesar el derecho de reversión

Centrándome exclusivamente en las expropiaciones urbanísticas, el ejercicio del derecho de reversión está regulado en el art. 29 de la Ley 8/2007 que es casi un calco del art. 40 de la Ley 6/98, pero con importantes matices, que si no son “depurados” por la jurisprudencia, supondrá en la práctica la eliminación efectiva de este derecho. Los supuestos tienen carácter tasado y son los siguientes:

a) Alterar el uso que motivó la expropiación del suelo, salvo que concurren los requisitos siguientes:

- Alteración de la finalidad de la expropiación prevista en el planeamiento, procediendo la reversión si hay una cesión voluntaria de bienes con exclusión del trámite expropiatorio.

b) El transcurso de diez años desde la expropiación sin que la urbanización se haya concluido.

Merece la pena destacar la modificación “ex novo” de la retasación de los bienes prevista en el art. 29.2.b), que viene a matizar la fórmula más garantista para los expropiados recogida en el art. 40.3 de la Ley 6/98 que recordamos establecía lo siguiente:

“Procederá la reversión de los terrenos expropiados para la formación o ampliación del Patrimonio Municipal de Suelo si, como consecuencia de una modificación del planeamiento que no se efectúa en el marco de la revisión de éste, se alteraran los usos, intensidades o aprovechamientos y ello supusiera un incremento de valor de los mismos”.

Esta regulación consiguió frenar las frecuentes prácticas fraudulentas mediante las cuales se expropiaban terrenos clasificados como suelo no urbanizable para nutrir los Patrimonios Públicos de Suelo, que una vez adquiridos, son reclasificados y enajenados en el mercado al precio correspondiente a su nueva clasificación como suelo urbanizable, que es obviamente muy superior. A mi manera de ver, la retasación prevista en el vigente art. 29.2 b), ofrece una fórmula ambigua, carente de rigor, sin especificar plazo alguno y estableciendo unos criterios de valoración lejos de los adecuados para conseguir un auténtico valor de sustitución, amen de que supone este precepto el 29.2.b)- una contradicción con el art. 34.2 que prohíbe a las Administraciones Públicas adjudicar los terrenos adquiridos en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1 del art. 16 por un precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate, que debe hacerse constar en el expediente administrativo y no en el acto o contrato de enajenación.

c) Segregaciones del suelo y subsuelo respecto al suelo expropiado.

El surgimiento del derecho de reversión se produce cuando no se mantiene durante 8 años el uso dotacional que legitimó la expropiación, o bien cuando se sustituye por otro de naturaleza privada o el nuevo uso es incompatible con los fines de los Patrimonios Públicos de Suelo, lo cual dados los términos tan amplios que estos tienen, es difícil.

En definitiva, pienso que el derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas ha pasado a ser “una reliquia histórica”, salvo que la jurisprudencia lo remedie, o el TC declare este precepto no conforme con la CE, lo cual es también bastante difícil.

VI.1.2 Plazos para su ejercicio.

Tanto de la lectura del art. 225 del Texto Refundido 1/92 como del 29 de la Ley 8/2007, tenemos que jugar con dos plazos; 8 y 10 años, el primero de ellos para el apartado 1.a) del citado artículo. Y el segundo para el supuesto 2.a) del repetido artículo a los efectos del nacimiento del derecho de reversión.

El supuesto 3 del art. 29 enerva el nacimiento del derecho de reversión para los supuestos de segregación de vuelo o subsuelo, pero exigiendo los mismos requisitos de los apartados 1.a), o 2.a) de este artículo.

A mi manera de ver, la STS de 8 de Noviembre de 2006, marca unas pautas interpretativas para dilucidar cuando nace este derecho en las expropiaciones urbanísticas. También para los más interesados en profundizar en la materia les remito a los siguientes trabajos doctrinales. De ISABEL GALLEGO CÓRCOLES un Análisis completo del *"Derecho de reversión en la expropiación forzosa"*, publicado en la editorial *"La Ley"*, sin que recuerde su fecha, pero sí reciente. Desde las perspectivas de las expropiaciones urbanísticas que son las que nos preocupan a los asistentes a la Mesa, en los trabajos publicados en la Revista Actualidad Administrativa nº 30 del año 2003 de FRANCESC GIRALT FERNANDEZ en el estudio titulado *"El derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas"*. Y el segundo publicado también en esta misma Revista en el nº 7 del año 2004 de CRISTINA CLEMENTINA ARENA ALEGRIA titulado *"Las alteraciones o la naturaleza del derecho de reversión producidas por la Ley de Ordenación de la Edificación"*.

Por lo que al plazo para el ejercicio del derecho de reversión se refiere, tendríamos que acudir a la legislación general y al Reglamento de 26 de Abril de 1957 que la desarrolla, y que todas las leyes posteriores no lo han derogado expresamente, ya que los plazos de 8 y 10 años a los que se refieren los arts. 225 y 29 del Texto Refundido 1/92 y de la Ley 8/2007, no son plazos de ejercicio del derecho, sino de nacimiento, en su caso, del citado derecho.

El art. 225.2 para las llamadas expropiaciones para actuaciones sistemáticas, si el uso dotacional que las motivó hubiese sido efectivamente implantado y mantenido durante 8 años, no nace el derecho de reversión. En el supuesto previsto en el apartado 3 del art. 225 se regula las llamadas expropiaciones dotacionales y establece que procede el derecho de reversión de terrenos incluidos en una unidad de ejecución para su desarrollo por el sistema de expropiación cuando hubieran transcurrido 10 años desde la expropiación sin que la urbanización se hubiera concluido.

Nacido el derecho de reversión su ejercicio viene recogido en los arts. 54.3 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa y en el art. 67 del Reglamento de 26 de Abril de 1957 declarado expresamente vigente por la Disposición Derogatoria 2ª de la Ley 38/99 de 5 de Noviembre, de ordenación de la edificación.

Esta regulación hay que integrarla en lo dispuesto en la Ley 8/2007 de 28 de Mayo de suelo en lo que atañe a las expropiaciones urbanísticas, por lo que a los plazos se refiere para instar el derecho de reversión serán las siguientes.

El art. 54.3 contempla dos supuestos:

- a) Tres meses a partir de que la Administración notifique la desafectación del bien o derecho para la obra o servicio.
- b) Cuando no exista notificación, el derecho de reversión podrá ejercitarse en los casos de expropiaciones urbanísticas en los siguientes supuestos:
 - No transcurrir 20 años desde la toma de posesión de aquellos, que habrá que computar a partir de las fechas que resulten de aplicar los apartados 1.a) y 2.a) del art. 29 de la Ley 8/2007 de suelo, tantas veces citado.
 - El *"dies a quo"* según el art. 67 del Reglamento de 26 de Abril de 1957 sería el día siguiente a la notificación del acto que diere lugar la reversión, o bien, desde que el expropiado compareciera en el expediente y *"se diera por notificado de las declaraciones, disposiciones o actos administrativos que implicaren la inejecución de la obra o no establecimiento del servicio, que motivaran la expropiación"*.

Como puede observarse, un tema de tanta trascendencia práctica para el ejercicio de un derecho que es la última garantía del expropiado, está regulado de forma confusa.

VI.1.3 Las llamadas "expropiaciones híbridas"

Me parece que nada mejor para exponer estos supuestos que remitirnos *"in totum"* a la STS de 8 de Noviembre de 2006 y al comentario que de la misma hace en la Revista de Actualidad Administrativa nº 21 del año 2007 del Abogado del Estado ante el TS Sr. RODRIGUEZ CARBAJO, y rescatar y reproducir en este momento la siguiente declaración del Fundamento Jurídico 3º:

"Se produce con ello una esencial modificación del uso por vía de la reforma del Plan que hace que el supuesto quepa encuadrarlo en el caso previsto en el apartado 2 del artículo 225 de la Ley del Suelo al haberse procedido a una modificación o revisión del planeamiento que alteró el uso motivador de la expropiación. Más sin olvidar sin embargo que, a su vez, la total actuación expropiatoria comprendió una extensa superficie que inicialmente permitía encuadrar el supuesto en el previsto en el apartado 3 como una auténtica expropiación sistemática al objeto de proceder a la urbanización, si bien especificando el destino concreto a parque empresarial con la correspondiente asignación de usos correspondientes al carácter dotacional y de parque empresarial antes mencionado. En definitiva, se trata de un supuesto en que, inicialmente, sería aplicable la jurisprudencia que invoca el recurrente y que anteriormente recogimos, dada la amplia superficie de la zona expropiada y su finalidad esencial urbanizadora, lo que permite prescindir de terrenos y fincas concretas para enjuiciar la actuación urbanizadora en su conjunto, sin olvidar, además, que en el presente caso a la total superficie afectada por la expropiación se le asignó un fin y uso concreto, como era la construcción del parque empresarial y sus correspondientes dotaciones al servicio del parque, y que posteriormente ha sido modificado para acoger, junto con aquellas prestaciones, un uso también relevante de naturaleza residencial."

Y es en consideración a esta naturaleza híbrida de la actuación expropiatoria por la que, por un lado, cabe considerar, a efectos de determinar el cumplimiento de la causa expropriandi, la labor urbanizadora en el conjunto realizada en los terrenos para precisar si la misma se ha realizado o no, pero sin olvidar, como decíamos, que junto con ello, que haría encajar el supuesto en el apartado 3 del art. 225 ha existido a su vez una concreción del destino final de esa urbanización, inicialmente previsto para uso empresarial, fundamentalmente de oficinas y dotacional, y que se ha visto después modificado para afectarlo, junto con los anteriores, a un uso también residencial, alterando con ello el inicialmente previsto, alteración que también afecta a los usos dotacionales, lo que determina el nacimiento del derecho de reversión a favor del expropiado”.

VII. CONCLUSIONES

1º.- Parece incuestionable que la sociedad española del año 1956 no tiene nada que ver con la sociedad del año 2008.

Tampoco puede cuestionarse que desde la primera regulación del Patrimonio Municipal de Suelo -1956- hasta la fecha, ha sido considerado éste como un instrumento para intervenir en el mercado de suelo, al objeto de regularlo y facilitar el acceso a la vivienda en unas condiciones aceptables para las clases más desfavorecidas.

También desde ese año y hasta la fecha se impuso a las Administraciones Públicas la obligación de constituir Patrimonios Públicos de Suelo a los fines conocidos. Fines que se fueron ampliando “*de iure*” bajo la cobertura de “*otros fines de interés social*”, y de “*de facto*” se sobrepasó incluso el interés social hasta convertirse este instrumento intervencionista de hecho en el principal que tienen los Ayuntamientos para completar su financiación.

2º.- La Jurisprudencia ha puesto freno a los criterios interpretativos expansionistas de los fines que justifica la intervención por medio de Patrimonio Público de Suelo que ha desdibujado la institución tal y como fue concebida.

3º.- Parece evidente tanto “*de lege data*” como “*de lege ferenda*” que el Derecho Comunitario Europeo consagra y respeta los derechos de propiedad y de libertad de empresa en unos términos y, sobre todo, con una interpretación de los Altos Tribunales Comunitarios difícilmente compatibles con la regulación que ofrece el Derecho Nacional Español, tanto estatal como autonómico. Esta realidad supone una quiebra del principio de seguridad jurídica que salpica inevitablemente, como he tratado de demostrar a las prácticas generalizadas en nuestro país de la gestión urbanística, y, como consecuencia de ello, a la contratación administrativa de obras y servicios públicos. (A título de ejemplo la noticia que saltó recientemente a los medios de comunicación informando que Bruselas abre expediente a la norma andaluza que limita la apertura de superficies comerciales).

4º.- Hoy parece incuestionable también que para cualquier Tribunal español o comunitario es más sensible a exigir en una actuación urbanística el respeto al principio de igualdad de beneficios y cargas

5º.- Tampoco ofrece pocas dudas tal y como he intentado demostrar que no han dado resultados las “*recetas*” intervencionistas estrenadas en el año 1956 y continuadas cada vez con más intensidad en las legislaciones posteriores, salvo la ley 6/1998 que como es sabido no se aplicó plenamente por la oposición frontal por las Comunidades Autónomas y sus leyes de Suelo, sin cuya colaboración la Ley 6/1998 quedaba vacía de contenido. Esta corriente ha culminado con la Ley 8/2007 “*elevando a los altares*” la fórmula del agente urbanizador “*descubierta*” por la Ley valenciana de 1994, y que como es sabido también ha merecido su reproche y condena por el Parlamento Europeo y declaraciones adversas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

6º.- El Urbanismo nacional -estatal y autonómico- tiene que EUROPEIZARSE, lo que supone una revisión en profundidad de las técnicas intervencionistas mantenidas en lo que a Patrimonio Público de Suelo se refiere. Sería deseable que su primitiva regulación, es decir aquella que imponía la obligatoriedad de destinar el 5% de los Presupuestos Generales de los Ayuntamientos se actualizara con lo que hoy nadie discute de sumar también a este Patrimonio separado las cesiones obligatorias y gratuitas de aprovechamientos lucrativos que la legislación autonómica establezca para de esa forma poder cumplir el fin auténtico que legitima esta figura contribuir a la regulación del mercado de suelo. Este fin se puede y se debe completar con los fines de interés social entendidos éstos como los recogidos en los arts. 45, 46 y 47 de la Constitución Española, reduciendo las expropiaciones para Reservas a supuestos excepcionales y muy justificados.

7º.- En todo caso son perfectamente compatibles los objetivos recogidos en los arts. 45, 46 y 47 de la Constitución con los de garantizar las condiciones esenciales del derecho de propiedad que lo haga reconocible y no desapoderar singularmente a algunas propiedades transformando la institución de la propiedad en una concesión administrativa. En definitiva el Derecho interno se tiene que adecuar a las previsiones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tanto en su contenido como en su interpretación que todos los Poderes Públicos españoles están obligados a respetar.

Sevilla, a 17 de Junio de 2008

ANEXO Nº 1 Bibliografía manejada

- SOLCHAGA-CATALÁN, C.: "El mercado del suelo" Diario El País 7 de Octubre de 1993.
- BORRELL FONTELLER, J.: El Planeamiento Urbanístico I. "El suelo: Política y Mercado". Diario el País 20 de Octubre de 1993.
El Planeamiento Urbanístico II "El interés general y los particulares". Diario El País 21 de Octubre de 1993.
- BUFETE PEREZ-MARIN: "Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, Ley 13/2005 de 11 de Noviembre y Reglamento; Estudio Preliminar, Adenda". Editorial Comares, Granada 2006.
- PEREZ MARIN, A.: "El Urbanismo en Andalucía". Editorial Comares, Granada 2006.
- TOMAS RAMÓN FERNANDEZ "La nueva Ley 8/2007, de 28 de Mayo de Suelo: Valoración general" en RAP 174 Septiembre-Diciembre 2007. "El Estatuto jurídico de la propiedad en la Ley del Suelo 8/2007" en Urbanismo y Edificación nº 16, año 2007-2.
- JANE I GUASCH, Jordi. "Derechos y Deberes de los Poderes Públicos y de los ciudadanos en relación con el suelo: I. Medidas anticorrupción, modificación de la Ley de Bases de Régimen Local". II. "El Derecho de propiedad del suelo". Barcelona 28 de Mayo de 2007, cortesía del Autor.
- DE ORO-PULIDO Y LÓPEZ M.: "Los instrumentos de intervención del mercado de suelo en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía en el Libro "El Urbanismo en Andalucía". Editorial Comares. Los Patrimonios Públicos de Suelo en la Ley 8/2007, de 28 de Mayo en Revista Urbanismo y Edificación nº 16-2007 de Editorial Aranzadi-Thomson.
- FERNANDEZ TORRES JR.: "Sobre la consideración de las compraventas de terrenos como ayudas de Estado incompatibles con el Mercado Común (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de Septiembre de 2004, Valmont C. Comisión, as T-274101)" en Urbanismo y Edificación nº 11, año 2005-1.
- TARDIO PATO JA: "La gestión en el Derecho de la Unión Europea, del Estado Español y de la Comunidad Valenciana" Monografía de la Editorial Aranzadi-Thomson año 2007.
- RODRIGUEZ CARBAJO, JR: "El Derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas de naturaleza mixta" en Actualidad Administrativa nº 4 segunda quincena año 2007.

ANEJO II Jurisprudencia

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Caso Sporrang y Löuroth, Suecia. (TEDH 1982\5).
- Caso Belvedere y Alberghiera SRL/Italia. (TEDH 2000\136).
- Caso Ex Rey de Grecia y otros /Grecia. (TEDH 2000\166).
- Caso Henri L / Francia

2. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

- Caso Scala de Milán (Sentencia de 12 de Julio de 2001). (TJCE 2001\194).
- Caso Comisión / Francia, Asunto C-264/03 (Sentencia 20 de Octubre de 2005). (TJCE 2005\309).
- Caso Jean Auroux y otros / Comunidad de Roanone, Asunto C-220/05 (Sentencia 18 de Enero de 2007).
- Caso Comisión España (Sentencia 13 de Enero de 2005). (TJCE 2005\10).

3. Tribunal Constitucional

- Sentencia 61/97 de 20 de Marzo. (RTC 1997\61).
- Sentencia 164/2001 de 11 de Julio. (RTC 2001\164).
- Sentencia 48/2005 de 3 de Marzo. (RTC 2005\48).

4. Tribunal Supremo

- Sentencia de 2 de Noviembre de 1995. (RJ 1995\8060).
- Sentencia de 25 de Octubre de 2001. (RJ 2001\9408).
- Sentencia de 31 de Octubre de 2001
- Sentencia de 2 de Noviembre de 2002
- Sentencia de 7 de Noviembre de 2005. (RJ 2006\2034).
- Sentencia de 8 de Noviembre de 2006.