

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS VINCULACIONES Y LIMITACIONES SINGULARES DERIVADAS DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA QUE DAN DERECHO A INDEMNIZACIÓN.

1. Objeto y planteamiento del presente artículo.

El objeto del presente artículo es realizar un análisis crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a uno de los supuestos indemnizatorios regulados actualmente en el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana¹.

En virtud de ese artículo, dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las **lesiones en los bienes y derechos** que resulten de los siguientes supuestos:

b) Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones o edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea suceptible de distribución equitativa.

Considerando que el supuesto referido al deber de conservación no plantea especiales problemas de interpretación² nos vamos a centrar en el otro supuesto.

Esto es, nos vamos a centrar en el supuesto en que se discute ante la jurisdicción contencioso administrativa si las determinaciones de un plan urbanístico para una determinada parcela y/o edificación dan o no lugar a derecho de indemnización.

A los efectos del presente análisis, y con objeto de clarificar al máximo la jurisprudencia, vamos a distinguir los supuestos en los que se habla de restricción de la edificabilidad y los supuestos en los que se habla de restricción del uso³.

2. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las vinculaciones y limitaciones singulares que llevan consigo una restricción de la edificabilidad.

Normalmente, por no decir siempre, se trata de supuestos relacionados con la protección del

1 En principio, la regulación del supuesto no ha variado desde el TRLS de 1976. Han dicho prácticamente lo mismo los artículos siguientes: 87.3 TRLS 1976, 239 TRLS RDL 1/1992, 43 Ley 6/98 y 35.b) del TRLS 2008.

2 El artículo 15 del RDL 7/2015 establece con precisión el límite del deber de conservación.

3 En alguna sentencia del TS, por ejemplo la de la Ford -23-12-2008-, se plantean los dos supuestos.

patrimonio histórico.

Esto es, se trata de supuestos en los que el Plan General de Ordenación Urbana de un municipio cataloga un edificio por su valor histórico o cultural y consolida su edificabilidad, dándose la circunstancia de que la edificabilidad que se consolida en la parcela es inferior a la que tienen o pueden alcanzar las parcelas y/o edificios del entorno.

En la materia, al igual que sucede en otras materias, no todos los pronunciamientos del Tribunal Supremo son coincidentes, no todas las sentencias aplican una misma doctrina.

Ahora bien, hay una doctrina jurisprudencial que parece que se está afianzando como demuestran dos últimas y muy recientes sentencias del Tribunal Supremo⁴

Teniendo eso en cuenta, expondremos en un primer apartado esa doctrina que parece estar afianzándose y en un segundo apartado las sentencias y/o pronunciamientos que se apartan de la misma.

2.1 La doctrina jurisprudencial del TS.

La doctrina a la que nos referimos ha tenido su reflejo en diversas sentencias del TS⁵

El planteamiento que se realiza por el TS es en principio sencillo.

Se parte en todos los casos de que la edificación ha sido catalogada correctamente; esto es, no se pone en cuestión que la edificación merece -por lo que debe- ser protegida por su valor histórico y/o cultural.

Tampoco se pone en cuestión que, con carácter general, las determinaciones de la ordenación urbanística no confieren derecho a exigir indemnización⁶.

4 Nos referimos a la sentencia nº 1062, de 15 de junio de 2017, rec casación 2214/2016 y a la sentencia nº 1112/2017, rec casación 2263/2016.

5 Para la elaboración del presente artículo, además de las dos últimas citadas en la nota anterior, hemos tenido en cuenta especialmente las siguientes sentencias del TS: sentencia de 23 de dic. 2008, rec 5777/2004; sentencia de 10 de octubre 2011, rec 3212/2008; sentencia de 21 de diciembre de 2011, rec 211/2008 y sentencia de 7 de julio de 2015, rec 3659/2013.

6 Esto es, se parte también del principio general recogido en la actualidad en el artículo 4.1 del RDLeg 7/2015.

No, lo que se afirma en esas sentencias es que nos encontramos en uno de los supuestos excepcionales establecidos en la ley, en un supuesto en el que hay una restricción de la edificabilidad y que esa restricción genera un derecho de indemnización en favor del propietario del inmueble.

En concreto, en todos los casos a los que nos referimos el TS entiende que hay vinculación singular indemnizable porque el propietario de la edificación catalogada no puede materializar la edificabilidad que pueden materializar los propietarios de las edificaciones del entorno y esa menor edificabilidad no es susceptible de distribución equitativa.

En estos supuestos, indican esas sentencias, se dan los tres requisitos que han de concurrir para que proceda indemnización por esa causa: a) una restricción en el aprovechamiento urbanístico; b) una limitación singular; c) la imposibilidad de distribución equitativa.

a) Hay restricción porque la edificabilidad atribuida por el PGOU es menor que la atribuida a las parcelas del entorno. A ese respecto, dice el TS: en el presente supuesto indemnizatorio no se trata de comparar las determinaciones del nuevo PGOU para la parcela/edificio con las del PGOU anterior -lo que podríamos denominar comparación dinámica-, sino de comparar las determinaciones del nuevo PGOU para esa concreta propiedad y las determinaciones de es mismo Plan para las propiedades del entorno -lo que podríamos denominar comparación estática-⁷

b) Hay limitación singular por lo mismo; esto es, porque la limitación no es aplicable a las parcelas del entorno⁸

c) Y por supuesto hay imposibilidad de distribución equitativa por cuanto siempre nos encontramos en suelo urbano consolidado; esto es, en una clase de suelo en la que no hay legalmente previsto ningún mecanismo de distribución de beneficios y cargas⁹

Esto es, según esa doctrina jurisprudencial se dan, en los supuestos que enjuician, los requisitos para que entre en juego esta excepción a la regla general; a esta excepción regulada en la actualidad en el artículo 48 del RDLeg 7/2015.

7 Nuestra crítica tiene que ver, en primer lugar, precisamente con la respuesta a la siguiente pregunta: ¿tienen los propietarios de terrenos en situación de urbanizados -suelo urbano consolidado- derecho al aprovechamiento urbanístico del entorno? En nuestra opinión, la respuesta es NO.

8 Si de lo que se trata es de hacer valer el principio de igualdad habrá que comparar situaciones homogéneas.

9 A ese respecto hay que indicar que sí parece que existían mecanismos durante la vigencia de la Ley del Suelo 8/90 y el TRLS 1992 que, cuando menos en teoría, podían posibilitar la equidistribución en el suelo urbano consolidado. Nos referimos a las áreas de reparto y al aprovechamiento tipo. Desconocemos si en algún caso se aplicaron en la práctica en este tipo de supuestos.

Además, para esa jurisprudencia resulta indiferente que el nuevo Plan General de Ordenación Urbana se limite a mantener las determinaciones de un Plan General anterior -ya hemos dicho que según la misma no hay que hacer una comparación dinámica, sino estática-, así como que ese Plan anterior no se hubiere recurrido en su momento ni se hubiera reclamado indemnización.

Y es que para esa jurisprudencia la aprobación de un nuevo PGOU reabre el plazo para recurrir esa determinación y/o reclamar el derecho a indemnización por vinculación singular¹⁰

Finalmente, por lo que respecta a la fundamentación de este supuesto indemnizatorio la doctrina jurisprudencial que examinamos¹¹ dice que *“se trata de lo contemplado en el artículo 35.b) de un supuesto específico de responsabilidad patrimonial derivada del artículo 106.2 de la Constitución que “surge y deriva”, conforme se expresa en sentencias de esta Sala de 24 de septiembre de 2008 -recurso 5994/2004 -y 3 de abril de 2009 -recurso 11221/2004-... de la lesión del derecho esencial en el ámbito urbanístico de la equidistribución de beneficios y cargas, puntualizándose en las sentencias de referencia, con cita de las de 25 de mayo y 23 de junio de 1985, 18 de febrero y 11 de marzo de 1998 y 11 de febrero de 2000, que en tales supuestos, si el establecimiento de una nueva determinación en el Plan supone una limitación o vinculación singular para la propiedad que no puede ser objeto de distribución equitativa entre los demás propietarios de la zona o polígono, evidente resulta que tal determinación está privando a aquel propietario de una parte del contenido normal del derecho de propiedad, y tal privación, en consecuencia, resulta indemnizable, por cuanto implica la ruptura constitucional de igualdad de las cargas públicas, ya que el propietario no tiene el deber de soportar dichas cargas sin la correspondiente contraprestación”*

Y dice también esa doctrina, con cita de la sentencia de 10 de octubre de 2011, rec 3212/2008:

*“Lo relevante es si las determinaciones que se aplican a uno o varios terrenos son distintas a las de su entorno o a los terrenos de su misma clasificación o calificación”*¹²

2.2. Sentencia del TS que se aparta de esa doctrina y el voto particular en la sentencia de 10 de octubre de 2011.

En relación con el concreto supuesto que estamos examinando¹³ hay, al menos, una sentencia que

10 Dice a ese respecto la sentencia nº 1062/2017 en su fundamento quinto: *“Sin embargo tal consideración es contraria a la conocida doctrina sobre la impugnabilidad de los instrumentos de planeamiento que reproducen determinaciones contenidas en otros anteriores ya que, aunque una disposición general asuma en todo o en parte la regulación preexistente no por ello dejar de ser una disposición formalmente distinta de aquella otra regulación a la que viene a sustituir y, por lo tanto, puede ser objeto de impugnación y debe ser examinada como una disposición nueva a la luz de la normativa que sea de aplicación en ese momento. La interpretación contraria llevaría en definitiva a que escapasen del control judicial los contenidos de disposiciones que fueran iguales a otros anteriores y que, por las razones que fuesen, no llegaron a ser impugnados”*

11 Ver el fundamento decimoquinto de la sentencia nº 1062/2017 ya citada.

12 Lo que parece tiene más que ver con el principio de igualdad que con el principio de equidistribución.

13 Vinculación singular derivada de la catalogación de una edificación y la consolidación de su edificabilidad.

parece apartarse de la doctrina mayoritaria a la que nos hemos referido en el anterior apartado.

Se trata de la sentencia del TS de 20 de febrero de 2015, rec. 1078/2013. Dice esa sentencia en su fundamento sexto:

“A)..., hemos de indicar que la mera inclusión de un bien en el catálogo no autoriza de por sí a reclamar la exigencia de una indemnización por razón de las limitaciones que pudieran resultar de dicha inclusión y aún cuando asimismo, como igualmente requiere el precepto legal que se cita como denunciado -TRLS08:artículo 35 b)-, a través de los mecanismos de redistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento no se haya arbitrado al respecto alguna forma de compensación.

Además de la exigencia que acabamos de mencionar, hace falta acreditar también la existencia de una vinculación singular... de la que además resultara una restricción del aprovechamiento urbanístico susceptible de obtenerse.

A los efectos pretendidos por ellos, lo que los recurrentes vienen ahora a alegar sustancialmente en casación, a tenor de su escrito de interposición del recurso, es que no podrán materializar en su caso un aprovechamiento que sí podrán materializar en cambio los propietarios de las viviendas colindantes, también calificadas con idéntica clave 5ª, pero que no se hayan catalogadas.¹⁴ Este es el argumento nuclear, en efecto, sobre el que ahora hacen descansar su pretensión.

Pues bien, atendiendo a ello, hemos de indicar que el término de comparación que pretende hacerse valer en este proceso no resulta idóneo a tales efectos.

Es cierto que correspondería en principio, desde luego, dispensar el mismo trato a todos los propietarios colindantes; pero puede haber también razones que justifiquen en su caso un trato desigual; y de existir tales razones, habría lugar a atender a la línea argumental planteada en el recurso y fundada desde la perspectiva de la igualdad.¹⁵

Para terminar de cerrar este círculo de consideraciones de carácter general, todavía habríamos de añadir que, en estos supuestos, corresponde la carga de la prueba -esto es, la acreditación de una causa objetiva y razonable justificadora de la desigualdad de trato-a quien alega la existencia de dicha causa y, por tanto, a la Administración.

Así, pues, lo que ahora hemos de determinar es si en el supuesto de autos la Administración ha cumplido la carga que pesa sobre ella y si por tanto ha justificado suficientemente la concurrencia de una fundamentación, objetiva y razonable, justificadora de la desigualdad en los términos indicados.

Pues bien, de los propios fundamentos de la sentencia impugnada no otra conclusión cumple inferir: la construcción de la torre en fecha anterior a 1939 (hay incluso otras torres posteriores a dicha fecha que se incluyen en el catálogo); los elementos arquitectónicos determinantes de la edificación, cuya descripción se incluye en su ficha correspondiente,

14 Como vemos, es claramente el mismo supuesto que el contemplado por la doctrina jurisprudencial analizada en el anterior apartado. Se trata de un supuesto en el que, como consecuencia de la catalogación de un edificio, su propietario no puede materializar la edificabilidad que pueden materializar los propietarios colindantes.

15 Como vemos lo que está en juego de acuerdo con esta sentencia no es el principio de equidistribución, sino el principio de igualdad. Y para la misma si el trato desigual está justificado no hay vinculación singular.

y que igualmente se hacen constar en la propia sentencia; su integración en el entorno y su cierto aire racionalista (lo que no es exactamente lo mismo que decir que se trata de una manifestación de este tipo de arquitectura, que es lo que los recurrentes pretenden combatir); **los objetivos protectores a los que sirve el catálogo y que justifican la inclusión en el mismo de las torres**, que se hacen constar en su memoria y que también se reproducen en el texto de la sentencia; son todos ellos datos suficientemente consistentes que **acreditan que la decisión de la Administración controvertida en los autos responde a una fundamentación tanto objetiva como razonable.**

...

Existe, por tanto, una justificación objetiva y razonable al trato desigual de que son objeto los recurrentes respecto de los propietarios colindantes.¹⁶ Y de este modo difícil resulta, ya de entrada que pueda prosperar el motivo aducido”

Y resulta también de sumo interés hacer referencia al voto particular suscrito por dos Magistrados del Tribunal Supremo con ocasión de la ya citada sentencia de 10 de octubre de 2011¹⁷

El Magistrado que redacta el voto particular discrepante inicia su fundamento único con una manifestación tajante:

*“ En mi opinión, la incorporación del Parque Jardín de los Leon al Catálogo del Plan de Santillana del Mar y el régimen urbanístico resultante del Planeamiento impugnado **no constituye una vinculación singular** de las que da lugar a indemnización por la reducción de aprovechamientos”*

Y a renglón seguido fundamenta esa opinión en las siguientes consideraciones:

*“Habrá que convenir igualmente que, en ocasiones, **cuando concurren determinadas condiciones objetivas**, como sucede por la presencia de indiscutibles valores históricos, artísticos o culturales, **el planeamiento no atribuye a los inmuebles de que se trate nuevos añadidos aprovechamientos lucrativos**, al menos a materializar en el propio inmueble, sin perjuicio de que en ocasiones se utilicen técnicas consistentes en asignarles un aprovechamiento ficticio, a localizar en otro terreno, normalmente discontinuo, y así obtener el espacio o bien de que se trate para asignarlo a un destino público, al tiempo que se opera el reparto de beneficios y cargas.*

*Pero cuando no se actúa utilizando técnicas de equidistribución ordenadas a la adquisición de esas categorías de bienes, que pertenecen de manera indiscutible al patrimonio histórico, artístico o cultural, sino que **el planeamiento los incluye en el catálogo al tiempo que no les dota de nuevos aprovechamientos lucrativos de transformación similares a los de terrenos próximos**, ello no siempre constituye un supuesto de vinculación singular por restricción de aprovechamientos, ni origina, por tanto, derechos indemnizatorios.*

En mi opinión, debe rechazarse la apreciación de vinculación singular cuando el planeamiento se limita a reconocer

16 O sea, si una edificación tiene valores históricos y/o culturales que merecen -deben- ser protegidos está justificado un trato diferente al de las edificaciones colindantes que no tienen esos valores.

17 Voto particular redactado por el Magistrado D.Eduardo Calvo Rojas al que se adhirió D.Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

la realidad física y de uso existentes¹⁸, y establece la calificación y demás determinaciones en razón de las características objetivas y el destino real de los bienes, sin alterarlos en modo alguno, manteniendo, en definitiva, el “status quo” primigenio. Sobre todo en suelo urbano consolidado, no puede apelarse a una suerte de derecho a aprovechamientos lucrativos -en términos comparativos, o (pro)-medio o tipo, referidos a terrenos próximos¹⁹- o a la aplicación de mecanismos de equidistribución²⁰, que precisamente por no haberse previsto harían emerger el derecho indemnizatorio por vinculación singular.

La garantía del derecho al reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, invocada por la recurrente, viene referida a los propietarios afectados por las actuaciones urbanísticas (artículo 5 de la Ley 6/1998), esto es, en los contextos de las operaciones de transformación, sin que, por consiguiente, sea exigible en el caso del suelo urbano consolidado, en el que al tratarse de suelo ya transformado, por lo general, no tienen lugar operaciones de equidistribución.

...

...

*Por lo demás, aunque se considere que para apreciar la eventual existencia de una vinculación singular no es procedente hacer **la comparación** con el planeamiento anterior -que insisto, no consta que atribuyera aprovechamientos edificatorios al Parque Jardín del Palacio de los Leon-, sino únicamente **con las determinaciones establecidas en el propio instrumento para los terrenos del entorno**, aún así, digo, **no puede prescindirse de las características objetivas y de vinculación a concretos destinos que se den en la realidad.**²¹ De modo que, a los efectos que nos ocupan, no puede asimilarse la situación del Palacio y su Parque Jardín (un conjunto unitario) **con la de otros terrenos que, aunque próximos o inmediatos, tienen unas características completamente distintas e incluso, desde el punto de vista jurídico, les corresponde otras categorizaciones**²², como ocurre singularmente con los incluidos en el suelo urbanizable delimitado, con los que la recurrente establece la comparación. Sobre la imposibilidad de asimilar situaciones distintas, entre terrenos cuyas calificaciones son congruentes con las características físicas y servicios urbanísticos disponibles, nos pronunciamos en nuestra sentencia de 2 de marzo de 2009²³,..., en la que declaramos que no cabe afirmar que el planeamiento haya dispensado un trato diferente a situaciones urbanísticas homogéneas -lo que constituye el presupuesto*

18 Es lo que dice expresamente el artículo 115.6 del Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña: “*el reconocimiento por un instrumento de planeamiento urbanístico de usos y edificaciones preexistentes no tiene en ningún caso la consideración de limitación o vinculación singular*”

19 Un argumento que compartimos: en suelo urbano consolidado no hay derecho al aprovechamiento del entorno.

20 Otro argumento que compartimos: el principio de equidistribución no es aplicable en los ámbitos de suelo urbano consolidado.

21 Y uno más: en virtud del principio de igualdad el planeamiento urbanístico debe dispensar un mismo trato a los terrenos y/o edificios que estén en la misma situación. Si la realidad física y/o jurídica es diferente el trato desigual está justificado, es conforme a derecho.

22 En el supuesto que se aborda en la sentencia objeto del voto particular se compara la edificabilidad de la parcela en cuestión, que está clasificada como suelo urbano, con la edificabilidad de los terrenos del entorno próximo, que están clasificados como suelo urbanizable delimitado. A ese respecto, parece que la sentencia no es del todo congruente con lo que ella misma afirma, cuando señala que “*lo relevante es si las determinaciones que se aplican a uno o varios terrenos son distintas a las de su entorno o a los terrenos de su misma clasificación o calificación*” Y no parece del todo congruente por cuanto en el supuesto concreto la comparación la realiza entre dos suelos con distinta clasificación.

23 Haremos referencia a esa sentencia en el apartado 3.2.

necesario para poder afirmar la existencia de una vinculación singular- sino que, sencillamente, en el planeamiento urbanístico se ha dado un trato distinto a situaciones que física y jurídicamente son diferentes”

3. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las vinculaciones y limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del uso.

Los Textos Refundidos de 1976 y 1992 y la Ley 6/1998 hablan de restricción del aprovechamiento urbanístico.

Desde la Ley 8/2007 se habla de restricción de la edificabilidad o el uso; esto es, se ha desglosado el concepto aprovechamiento urbanístico en dos conceptos: edificabilidad y uso.

Es evidente que desde esa perspectiva la regulación es la misma, ya que el aprovechamiento urbanístico depende de la edificabilidad y el uso.

Pues bien, tras haber examinado en el apartado 2 anterior los supuestos en los que se discute el derecho de indemnización derivado de unas concretas determinaciones urbanísticas que “restringen” la edificabilidad; en el presente apartado 3 examinaremos los supuestos en los que lo que se discute es si las determinaciones urbanísticas de un Plan lesionan un derecho por comportar una vinculación singular que “restringe” el uso y que, en consecuencia, genera derecho de indemnización.

En estos casos no está tan claro que pueda hablarse de una doctrina jurisprudencial que se esté afianzando, por lo que analizaremos la jurisprudencia dividida en tres grupos: en un primer grupo, expondremos unas cuantas sentencias en las que se considera que hay una vinculación singular que debe ser indemnizada; en un segundo grupo, unas cuantas que entienden que no hay vinculación singular y finalmente en un tercer grupo unas cuantas sentencias en las que el TS considera que hay vinculación singular; pero en las que en lugar de reconocer un derecho de indemnización lo que el TS hace es anular las determinaciones del Plan que conllevan esa vinculación singular.

3.1. Sentencias del TS que consideran que hay una vinculación singular que debe ser indemnizada.

Sentencia de 24 de septiembre de 2008, rec 5949/2004

Supuesto: una zona calificada globalmente como Zona de Ciudad Jardín Unifamiliar es objeto de un Plan Parcial.

En el desarrollo del Plan, una parcela de uso residencial se destina voluntariamente a un uso recreativo-deportivo -uno de los usos admisibles en esas parcelas, según el Plan-

La posterior revisión del Plan General del municipio califica los terrenos con la clave correspondiente a equipamientos privados de carácter educativo-cultural.

Esto es, en la revisión del PG se consolida el uso recreativo-deportivo existente en los terrenos.

El TS entiende que nos encontramos ante una clara vinculación singular del planeamiento.

Y ello por cuanto ha sido eliminado el anterior uso residencial con que contaba²⁴, cuando todos los solares del entorno incluidos en el ámbito del originario Plan Parcial continúan con la calificación urbanística inicial de Zona de Ciudad Jardín Unifamiliar, siendo, además, ésta la calificación para el solar contiguo a la finca de autos²⁵.

En atención a ello dice “nos encontramos, pues, ante un supuesto concreto de exigencia de responsabilidad patrimonial derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española, **que surge y se deriva del derecho esencial en el ámbito urbanístico de la equidistribución de beneficios y cargas.**²⁶ En tales supuestos, si el establecimiento de una nueva determinación en el Plan supone una limitación o vinculación singular para la propiedad que no puede ser objeto de distribución equitativa entre los demás propietarios de la zona o polígono, **evidente resulta que tal determinación está privando a aquél propietario de una parte del contenido normal del derecho de propiedad**²⁷ y tal privación, en consecuencia, resulta indemnizable, por cuanto implica la ruptura del principio constitucional de igualdad de las cargas

24 Aquí en la sentencia se efectúa una comparación dinámica. Se comparan las determinaciones del nuevo plan y las del plan anterior para la parcela en cuestión.

25 Y aquí se realiza una comparación estática, se comparan las determinaciones del nuevo plan para esta parcela y para las parcelas del entorno. Ahora bien, se realiza la comparación sin tener en cuenta la realidad existente; esto es, sin tener en cuenta lo que diferencia a esa parcela del resto de parcelas. Como hemos visto en ese caso el propietario optó en su momento, por destinar el terreno, de entre los varios posibles, al uso recreativo-deportivo. Y el Ayuntamiento lo único que ha hecho es consolidar ese uso preexistente; esto es consolidar el uso por el que voluntariamente optó en su momento el propietario. ¿Debe indemnizar el Ayuntamiento por tomar esa decisión? En nuestra opinión, no.

26 La distribución de beneficios y cargas ya tuvo lugar con ocasión de la ejecución del Plan Parcial. La realidad existente es fruto de esa distribución y de la voluntaria decisión del propietario de destinar la parcela a un uso recreativo-deportivo. Como indica la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi en el apartado 87 de su dictamen 155/2015 “al no haberse variado de forma desfavorable para la reclamante las características urbanísticas que adquirieron en el momento de su construcción el suelo y las construcciones de su titularidad, no existe necesidad de equidistribución alguna. Y ello es lógico, ya que no hay ni beneficios ni cargas a repartir. Todos los propietarios han patrimonializado lo que han construido en sus parcelas y a todos los propietarios se les trata igual, ya que a todos se les consolida lo que han patrimonializado. No ha lugar a un segundo proceso de distribución de beneficios y cargas.

27 ¿De qué parte del contenido normal del derecho de propiedad se le está privando al consolidar en el nuevo Plan el uso al que voluntariamente destinó su parcela?

públicas, ya que el propietario no tiene el deber de soportar dichas cargas sin la correspondiente contraprestación”

Y a continuación señala que se cumplen los tres requisitos que la jurisprudencia ha venido exigiendo:

a) una restricción en el aprovechamiento urbanístico: se ha producido una restricción por cuanto antes de la Revisión que nos ocupa la finca contaba con un uso residencial -si bien admitía el uso recreativo-deportivo- y tras la revisión la finca de la recurrente -y sólo ella²⁸- se califica con destino a equipamiento deportivo privado, suprimiendo pues la posibilidad de destino efectivo residencial²⁹, como hasta entonces ocurría.

b) una limitación singular: *“es evidente que se ha producido una vinculación singular de dicha finca como consecuencia de la minoración de la edificabilidad de la misma, al hacer quedado limitado el uso de la citada finca al ya señalado de equipamiento deportivo, lo que, a su vez, implica un beneficio para ...*

y c) imposibilidad de distribución equitativa: *“también concurre el tercero de los requisitos ya que, en la situación actual, con todas las parcelas circundantes construidas, la equidistribución deviene imposible, por lo que la desigualdad producida por la revisión del planeamiento, en relación con el entorno, y su imposibilidad de compensación por la vía expresada, exige la búsqueda de otro mecanismo reparador de la situación producida”*

Sentencia de 14 de junio de 2012, rec 543/2010

En este supuesto hay dos parcelas que provienen de un Plan Parcial anterior. En ese plan anterior una de las parcelas está calificada como equipamiento educativo y la otra como residencial -en la parcela residencial el uso docente es un uso compatible-.

Las dos parcelas se destinan por el propietario a uso docente.

En ese contexto, se aprueba un nuevo Plan General que califica las dos parcelas como equipamiento educativo.

El TS considera, respecto a la parcela que en el Plan Parcial estaba calificada como parcela residencial,

28 Lógico, es esa parcela y sólo ésta la que fue destinada voluntariamente a uso recreativo-deportivo por su propietario.

29 A través del ejercicio legítimo del *ius variandi* y afectando a una mera expectativa.

que hay vinculación singular³⁰. En concreto, dice: “se ha producido una restricción del uso asignado a la parcela que con anterioridad estaba incluida en zona residencial suburbana de nueva ordenación, clave 13b, de uso residencial pero que admitía como compatible el uso docente, al que efectivamente se dedica. El nuevo instrumento de ordenación establece ahora -sólo para esta finca y no así para las de su entorno, con las que compartía idéntico régimen de ordenación particular- la calificación dotacional, suprimiendo la posibilidad de destino residencial que hasta entonces se contemplaba.

En segundo lugar, con respecto a esa misma parcela, la supresión del uso residencial, que las fincas del entorno mantienen, comporta una vinculación singular, al haber quedado constreñida al uso dotacional privado ...

Por último, también concurre el requisito de que la equidistribución no sea posible, al tratarse de suelo ya transformado,..., por lo que la desigualdad producida por la revisión del planeamiento en relación con el entorno³¹, y su imposibilidad de compensación por la vía expresada, exige la búsqueda de otro mecanismo reparador de la situación producida”

En cambio, considera que no hay vinculación singular en la otra parcela, por cuanto ya en el planeamiento anterior venía calificada como equipamiento educativo... porque su origen era consecuencia del cumplimiento de las obligaciones dotacionales exigidas, en su momento, para los Planes Parciales”

3.2. Sentencias del TS que consideran que no hay vinculación singular.

Sentencia de 2 de marzo de 2009, rec 10776/2004³²

El supuesto: terrenos en suelo urbano consolidado donde se ubican un Club de Campo y un Colegio. El Plan General califica los terrenos como Zona de Cultura, Ocio y Deportes.

Veamos lo que dice el TS en el fundamento tercero:

“Es cierto, como señala la recurrente que la previsión indemnizatoria contenida en el artículo 43 de la Ley 6/1998,... está directamente encaminada, según se desprende del propio precepto, a dar efectividad al principio que exige el reparto equitativo de beneficios y cargas derivados del planeamiento; principio éste que en la normativa aplicable al caso encuentra su plasmación en el artículo 5 de la propia Ley 6/1998...

... pues el mencionado principio de distribución equitativa opera entre “los propietarios afectados por cada actuación

30 El TS realiza el mismo planteamiento que en la sentencia anterior.

31 La desigualdad es preexistente, no la provoca el Plan, sino la opción voluntaria del propietario que destinó el terreno al uso educativo. El Ayuntamiento lo único que hace en el nuevo plan es consolidar esa realidad diversa.

32 Se trata de una de las sentencias citadas en el voto particular al que nos hemos referido en el apartado 2

urbanística”³³, **careciendo de virtualidad su invocación cuando lo que sucede es que se dispensa un trato diferente a terrenos que no se encuentran en igual situación**³⁴, ni están afectados por la misma actuación urbanística, al haber sido clasificados de distinto modo por el planeamiento urbanístico.

...los terrenos del Club de Campo aparecen clasificados ... como suelo urbano, siendo su calificación la de terrenos destinados a equipamiento, sin que con ello se haya introducido alteración alguna con relación a la clasificación y calificación que tenían en el planeamiento anterior a la Revisión.... los terrenos colindantes o próximos con los que la recurrente pretende establecer la comparación, son terrenos clasificados ... como suelo urbanizable (uso residencial),

*... siendo ello así, **no cabe afirmar que el planeamiento haya dispensado un trato diferente a situaciones urbanísticas homogéneas** -lo que constituye el presupuesto necesario para poder afirmar la existencia de una vinculación singular, ni resulta aplicable aquí la doctrina contenida en las sentencias que se citan, sino que, sencillamente, **en el planeamiento urbanístico se ha dado un trato distinto a situaciones que física y jurídicamente son diferentes**”*

Sentencia de 11 de octubre de 2011, rec. 4769/2007

El supuesto: construcción voluntaria de un colegio en un terreno que el PGOU de 1968, a la sazón vigente, calificaba como suelo residencial. Un PGOU aprobado en 1986 que, ante ese hecho, calificó el suelo como equipamiento docente sin que contra esa determinación se efectuara reclamación alguna. Nuevo PGOU aprobado en 2001 que mantiene esa determinación.

Se discute si esa calificación es o no ajustada a derecho y, en el caso de que lo fuese, si constituye o no una vinculación singular que debe ser debidamente compensada.

El TS entiende que la calificación es conforme a derecho y considera que no hay vinculación singular. A ese respecto, dice en su fundamento séptimo:

“De tales hechos, expresamente admitidos por la entidad recurrente, se deduce, como con absoluta corrección lo entendió la Sala de instancia, que el Plan General de Ordenación Urbana de 2001 no ha supuesto restricción alguna del aprovechamiento urbanístico del suelo, que ya venía destinado a equipamiento docente desde la vigencia del Plan General de 1986, y ello porque, aunque en el Plan General de 1968 el uso docente era compatible con el uso residencial, los propietarios del suelo optaron por el primero, razón por la que, al aprobarse en 1986 un nuevo Plan General, se atribuyó a los terrenos el uso que, entre los permitidos por el planeamiento anterior, los propietarios habían elegido, lo que impide considerar ahora que esa misma calificación, conferida a los indicados terrenos por el vigente Plan General de Ordenación Urbana de 2001, constituya una vinculación singular o una restricción del aprovechamiento urbanístico merecedoras de una indemnización, y, por consiguiente, el Tribunal a quo no ha infringido lo establecido en los preceptos legales invocados ... ni la doctrina jurisprudencial..., pues se ha mantenido la calificación asignada al suelo en el planeamiento anterior, que el nuevo prolonga justificadamente, debido a la necesidad de contar con los equipamientos que ya existían en esa zona de la ciudad, en la que los usos y aprovechamientos preexistentes no se han

33 Un argumento que compartimos: en los terrenos del suelo urbano consolidado en los que no se prevén actuaciones urbanísticas, actuaciones de transformación, no es de aplicación el principio de equidistribución.

34 Y otro: el principio de igualdad no puede invocarse cuando lo que sucede es que se ha dispensado un trato diferente a situaciones que física y/o jurídicamente son diferentes.

visto sustancial o significativamente alterados, lo que determina que este quinto motivo de casación tampoco pueda prosperar”³⁵

Sentencia de 24 de febrero de 2015, rec 178/2013

El supuesto: un Plan General califica como parcela de uso hotelero, categoría H1, una parcela en suelo urbano consolidado en la que hay construido un hotel.

El propietario pretende que se le asigne la categoría H2, ya que en esa categoría es posible destinar la parcela a uso residencial -es un uso compatible-; subsidiariamente reclama indemnización por vinculación singular.

El TS dice respecto de la reclamación indemnizatoria:

*“Pero en segundo lugar, tal como hemos dicho, entre otras, en sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2011 -recurso de casación nº 5733/2007- entre otras varias: “... con la ordenación prevista en el Plan no se produce infracción del principio de equidistribución ni restricción del aprovechamiento susceptible de indemnización (artículos 5 y 43 de la LRSV), pues de la propia redacción del **artículo 5** se desprende que su ámbito propio y natural no son los suelos no urbanizables, ya que al referirse al “... reparto de beneficios y cargas... entre los propietarios afectados por cada actuación urbanística, en proporción a sus aportaciones”, **está tomando en consideración los suelos urbanos o urbanizables y los proyectos reparcelatorios, en los que hay beneficios -aprovechamientos urbanísticos lucrativos- y cargas -cesiones de terrenos y costeamiento de las obras de urbanización-**...”*

*Por la misma razón, tampoco se observa infracción del artículo 43 de la LRSV porque, al no existiiir un aprovechamiento anterior el mismo no se ha podido reducir. El Plan impugnado mantiene la clasificación de suelo no urbanizable previsto en el Plan anterior, por lo que **no hay reducción de aprovechamiento urbanístico** y, de hecho, la parte recurrente no concreta tal reducción en usos e intensidades de los mismos”*

“Tales consideraciones, pese a referirse en principio al suelo no urbanizable, también sirven al propósito de descartar la aplicación de tales preceptos y de los principios que contienen a la asignación de usos e intensidades de usos en suelo urbano”³⁶

35 Como podemos comprobar en este caso el TS realiza una interpretación distinta a la que realiza, para supuestos similares, en las sentencias de 24 de septiembre de 2008 y 14 de junio de 2012 anteriormente citadas. En este caso, el TS tiene en cuenta la realidad existente, tiene en cuenta que el propietario destinó voluntariamente los terrenos al uso docente y que el planeamiento urbanístico se ha limitado a consolidar esa realidad. Y en base a ello entiende que no hay vinculación singular.

36 Efectivamente, como luego veremos, tales consideraciones sirven también para el suelo urbano consolidado en el que no se plantean nuevas actuaciones de transformación. En ese suelo no hay distribución de beneficios y cargas. Y cuando en ese suelo se consolida lo existente tampoco hay reducción de aprovechamiento urbanístico. Ése es precisamente el supuesto objeto de la sentencia en cuestión.

3.3. Sentencias del TS que consideran que hay vinculación singular; pero que, en lugar de derecho de indemnización, lo que hacen es anular las determinaciones del Plan.

Sentencias de 11 de octubre de 2011, rec 1367/2008 y 1369/2008.

Los dos supuestos son idénticos: parcelas en suelo urbano consolidado en las que hay construidos sendos cines. El PGOU califica las parcelas como Servicio de Interés Público y Social Cultural de Caracter Privado. Con anterioridad, el PGOU anterior, calificaba los terrenos con la Ordenanza de Centro Histórico, con un espectro de usos admisibles más amplio que el que posibilita el nuevo Plan impugnado.

Las sentencias del TSJ de Andalucía desestiman los recursos interpuestos, en los que se pretendía la anulación de las determinaciones del Plan.

Recurridas esas sentencias por los propietarios, el TS las casa y estima los recursos interpuestos en el único y exclusivo sentido de anular la ordenación y calificación urbanística, como Servicio de Interés Público y Social de carácter privado de las parcelas.

Y eso tras señalar expresamente en el fundamento séptimo de ambas sentencias:

“Tales razones³⁷ justifican sobradamente, a juicio de esta Sala, el interés general que subyace en la ordenación prevista para los terrenos litigiosos y que con la ordenación impugnada el planificador no se ha apartado de la finalidad a la que debe servir el ius variandi, el interés general”

Esto es, el TS anula la ordenación y calificación de la parcela como Servicio de Interés Público y Social Cultural a pesar de reconocer expresamente que la misma está justificada en el interés general y que, en principio, el Ayuntamiento ha ejercido adecuadamente el *ius variandi*.

¿En base a qué se anula pues una ordenación y calificación urbanística justificada en el interés general?

Dice el TS³⁸ a continuación, en ese mismo fundamento:

“Ahora bien, que la nueva ordenación esté justificada en el interés general no significa, indefectiblemente, que no se

37 En el fundamento anterior se transcriben las razones por las que el Ayuntamiento decide calificar las parcelas como Servicio de interés público y social.

38 Transcribimos la sentencia dictada en el rec 1367.

hayan traspasado los límites que deben presidir la potestad de planeamiento, en concreto, el citado e invocado -como infringido- principio de equidistribución de beneficios y cargas, por cuanto la nueva calificación de la finca de los recurrentes -en los términos en que se ha realizado- implica un sacrificio singular de la propiedad en beneficio del interés general, como alega la parte recurrente..

De forma intencionada hemos transcrito las razones que aducen la Administración Autónoma y Local para explicar la existencia de un interés general que justifican la ordenación prevista para la parcela pues en ellas se reconoce, de forma implícita, la escasa rentabilidad económica de las actividades de cine y demás de naturaleza socio-cultural en el Centro Histórico, lo que ha motivado su desaparición y huida extramuros del Centro y que la ordenación prevista es un intento, desde el planeamiento, de evitar que esto ocurra para la parcela litigiosa, considerando el beneficio que representa para el interés público, en este caso representada para todo el entorno del Casco Histórico, el mantenimiento de tal uso u otros de interés social y cultural, para la revitalización del mismo, lo que confirma los presupuestos de que (1) la asignación de usos supone una limitación singular de la propiedad y (2) que el beneficiario de la misma es el interés general, en este caso del resto de parcelas que configuran el Centro Histórico.

... pues los usos alternativos³⁹ que se proponen, ..., son igualmente de escasa rentabilidad económica.

Y reiterando la misma idea en el fundamento noveno:

“Esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse⁴⁰ sobre cuestiones que guardan sensible analogía con la presente y en la que late la voluntad del planificador, por lo demás loable y ajustada a derecho, de revitalizar los Cascos Históricos de las Ciudades, siendo una de las medidas previstas para ello, el mantenimiento del destino actual de las edificaciones para preservar actividades que, por la propia evolución socioeconómica han dejado de ser rentables y por ello están abocadas a su extinción”

Para concluir:

“La vulneración del principio de equidistribución de beneficios y cargas determina que la sentencia deba ser casada, debiendo, con ello, procederse a la resolución del recurso en los términos en que aparece planteado el debate.

En este sentido, sirvan los argumentos indicados en los anteriores fundamentos de esta nuestra sentencia para estimar la pretensión de anular el PGOU impugnado y la del restablecimiento para los terrenos litigiosos, cine Avenida, de la ordenación prevista en el PGOU de 1987, ya que se insiste, en el ejercicio del ius variandi, la Administración ha traspasado los límites que debe observar en el desarrollo de su ejercicio, en concreto, en relación con el respeto al principio de equidistribución de beneficios y cargas⁴¹”

39 Las Administraciones autonómica y local argumentaban que el plan posibilitaba una gran diversidad de usos, que no restringía el uso del edificio al uso de cine.

40 La sentencia enumera los siguientes pronunciamientos: sentencias del TS de 29 de noviembre de 1989 -Teatro Fleta-; 5 de diciembre de 1995, rec 639/1993; 24 de septiembre de 2008, rec 5949/2004 ; 23 de diciembre de 2008, rec 5777/2004 y 3 abril de 2009, rec. 11221/2004. Es discutible que todos los supuestos de hecho objeto de esas sentencias guarden la analogía que se dice.

41 En nuestra opinión, no es correcta esa fundamentación, ya que como no nos cansamos de repetir en un ámbito urbanístico de suelo urbano consolidado no hay exigencia legal de distribución de beneficios y cargas, por lo que en

Sentencia de 19 de octubre de 2011, rec 5703/2008

Supuesto: parcela que se califica en parte como residencial, Ordenanza del Centro Histórico, y en parte como uso de equipamiento como Servicio de Interés Público y Social.

A pesar de tratarse del mismo PGOU de las dos sentencias anteriores, en este caso el TSJ estimó el recurso interpuesto y anuló la ordenación y calificación de parte de la parcela como Servicio de Interés Público y Social -lo que como hemos visto no había hecho en los dos supuestos anteriores-.

El TSJ explica el porqué de esa diferencia entre aquellos dos supuestos y éste. La diferencia está en que en este caso, a diferencia de los anteriores, la parcela no estaba destinada a un uso de Servicio de Interés Público y Social.

Dice así el TSJ⁴²:

“No estamos ante un supuesto de una parcela o inmueble destinado específicamente para un uso o determinada dotación, construido y destinado desde su origen a un determinado uso, así es, ya esta Sala se ha pronunciado en casos a los que nos veníamos refiriendo, inmuebles destinados, cuando no construidos, para una determinada finalidad propia del equipamiento social y gestionados por la iniciativa privada, en los que pretender otros usos o destinos es pretender hacer realidad meras expectativas, cuando no una evidente apuesta especulativa, no es el caso, sino que el inmueble que nos ocupa, podía ser destinado a numerosos usos, como Centro Histórico⁴³....

No se discute, en absoluto, que en un ámbito tan complejo y difícil, como es la ordenación de la ciudad, y más de la ciudad conformadora del casco histórico, en el que las dotaciones son deficitarias, el planificador cuenta con un amplísimo margen de apreciación; pero al mismo tiempo debe guardar el debido equilibrio entre la persecución del interés general y el derecho de propiedad, y a nuestro entender, resulta evidente que en este caso se ha roto. No basta, ..., la congruencia y coherencia general de la ordenación,..., sino que es preciso además justificar que la ordenación pormenorizada y concreta de los inmuebles que por ser suelo urbano consolidado así debe hacerse, que exista, también, una razonable proporcionalidad entre medios empleados y fin perseguido cuando se está limitando el derecho de propiedad, y dicho equilibrio se rompe cuando como en este caso, se pone un inmueble al servicio de la colectividad, de

modo alguno puede decirse que en estos supuestos el Ayuntamiento haya traspasado los límites del ius variandi por no haber respetado el principio de equidistribución de beneficios y cargas. Otra cosa es que se diga que la asignación a una parcela de un uso no rentable económicamente afecta al contenido esencial del derecho de propiedad inmobiliaria.

42 Ver fundamento segundo de la sentencia del TS en la que se transcriben las consideraciones efectuadas por el TSJ

43 Como vemos, el TSJ distingue los dos supuestos anteriores en los que el Plan lo que hace es consolidar los usos y edificaciones existentes, lo que le parece conforme a derecho; y el presente supuesto en el que no había ningún edificio destinado a un uso socio-cultural, lo que le parece una limitación singular del derecho de propiedad no conforme a derecho. En nuestra opinión es un planteamiento más preciso y ajustado a derecho que el que realiza el TS al tratar los tres supuestos del mismo modo.

los intereses generales, a consta en exclusividad del propietario de un bien, sin contraprestación alguna, y en flagrante desigualdad del resto de propietarios de la zona que se ven favorecidos por el destino del inmueble del tercero sin compensación alguna⁴⁴”

En este caso el TS acoge los fundamentos del TSJ, sus conclusiones y su fallo⁴⁵; y, por ello, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración municipal.

4. Análisis crítico de la jurisprudencia del TS.

En los anteriores apartados hemos expuesto con cierto detenimiento la jurisprudencia del TS en torno a uno de los supuestos indemnizatorios regulados en la actualidad en el apartado b) del artículo 48 del RDLeg 7/2015.

En el presente apartado haremos la crítica de la jurisprudencia que condena al Ayuntamiento en esos supuestos; apoyándonos en parte en los fundamentos de las sentencias que en supuestos similares consideran que no hay lesión indemnizable⁴⁶.

A esos efectos, con carácter previo, realizaremos algunas consideraciones sobre la ordenación urbanística de la ciudad existente y sobre la distribución de beneficios y cargas en la misma; ya que el supuesto indemnizatorio objeto del presente análisis se plantea siempre en la ciudad existente⁴⁷; se plantea siempre en ámbitos de la ciudad en los que con carácter general se consolidan la edificabilidad y los usos existentes.

E intentaremos caracterizar los concretos supuestos de hecho en los que se reclama derecho de indemnización por vinculación singular, ya que en materia de responsabilidad patrimonial esa concreción resulta obligada.

4.1. La ordenación urbanística de la ciudad existente y la distribución en la misma de los

44 Como vemos el fundamento de la anulación de esa determinación del plan no se encuentra en el principio de equidistribución sino en que el TSJ entiende que se ha limitado de forma desproporcionada el derecho de propiedad.

45 Por el que el TSJ anula las determinaciones del Plan en las que se realiza la calificación de parte de la parcela como Servicio de Interés Público y Social.

46 Y en los desarrollados por dos importantes dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi: los dictámenes 154 y 155 del año 2015.

47 Esto es, no se plantea nunca cuando de lo que se trata es de crear ciudad *ex novo*. En esos ámbitos no se plantean este tipo de problemas.

beneficios y cargas.

La ciudad existente

Comenzaremos con una obviedad: la ciudad existente es el resultado de un proceso histórico, es fruto de un largo y continuo proceso histórico de creación.

Y seguiremos diciendo obviedades: la ciudad existente -todas las ciudades y pueblos existentes- está conformada por terrenos-parcelas- públicos y privados con usos e intensidades de uso diversos.

En todas las ciudades y pueblos existentes hay espacios de dominio y uso público, hay edificaciones destinadas a servicios públicos, hay edificios destinados a equipamientos privados, edificios destinados a usos terciarios -oficinas, hoteles, bancos, etc.-, edificios destinados a usos residenciales -principalmente vivienda, pero en ocasiones también residencias colectivas-, etc. Y hay también diversidad en cuanto a la intensidad del uso, a la edificabilidad.

Y en muchas ciudades y pueblos existentes -por no decir en todos- esa diversidad de usos e intensidades de uso resultado del proceso histórico, se manifiesta especialmente en sus centros históricos.

En ese sentido, los centros históricos de nuestras ciudades y pueblos, resultado de ese proceso histórico de creación, son lo que en terminología urbanística actual denominamos zonas de uso global residencial.

Eso sí, zonas de uso global residencial en las que hay una importante diversidad de usos y una más o menos importante diversidad de edificabilidades⁴⁸.

Pues bien, en ese contexto: ¿en qué supuestos se reclama indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial? ¿cuáles son las características de los supuestos de hecho que son objeto de las sentencias que hemos analizado?

Por lo que ahora importa, la diversidad de usos en los centros históricos responde en origen y en gran medida a decisiones voluntarias de los propietarios de las parcelas. Son los propietarios los que optaron en su día por destinar la parcela a un uso de entre los autorizados y no a otro. En aquel momento, podrían haber construido un edificio de viviendas, pero optaron voluntariamente por

48 Y toda esa diversidad es considerada un valor a preservar desde muchas perspectivas.

construir un Teatro, un Cine, un Colegio, un Convento, etc.

Hemos visto también que hay algunos supuestos más recientes, fuera de los centros históricos, en los que cuando se construyeron los edificios ya se conocía la técnica de la calificación pormenorizada.

En esos últimos casos nos encontramos con dos tipos de supuestos.

En la mayoría de los casos, el plan en base al que se ejecutó la construcción destinada a un uso distinto del de vivienda, permitía en la parcela tanto ese uso distinto como el uso de vivienda y fue el propietario el que decidió voluntariamente destinarlo a ese uso distinto. O sea que, en esos casos, nos encontramos en un supuesto idéntico al que hemos dicho se suele plantear en los centros históricos. El uso concreto de la parcela es fruto de la opción voluntaria del propietario entre los diversos usos que el Plan permitía.

En otro de los casos, el plan en base al que se ejecutó la construcción destinada a un uso distinto no admitía más que ese concreto uso distinto⁴⁹.

Y, normalmente, por lo que respecta a las diferencias de edificabilidades en los centros históricos, éstas suelen responder a cambios en las ordenanzas y regulaciones urbanísticas aprobadas a lo largo del devenir histórico de la ciudad.

El caso típico en el que se reclama por restricciones de edificabilidad suele ser más o menos el siguiente:

En una zona residencial en la que son de aplicación las Ordenanzas X se construyen por los propietarios construcciones destinadas al uso por el que voluntariamente optan -mayoritariamente edificios residenciales, pero también otros usos- Todos los propietarios materializan la edificabilidad máxima que el Plan les permite en ese momento.

En algún momento posterior hay un nuevo Plan, o una nueva Ordenanza Y, que posibilita en la zona una mayor edificabilidad que la anterior. Hay propietarios que materializan esa mayor edificabilidad, bien a través de levantes, bien a través de la sustitución del edificio preexistente⁵⁰

49 Esto es, se construye un equipamiento privado en una parcela que el plan califica única y exclusivamente para ese concreto uso.

50 Todas las ciudades y pueblos han conocido operaciones de sustitución en las que se derribaron edificios que hubieran debido ser protegidos.

Esa es más o menos la situación a la que los Ayuntamientos se enfrentaban en los supuestos de hecho que son objeto de las sentencias analizadas. Esa es la situación en la que los Ayuntamientos aprueban un nuevo Plan de ordenación.

¿Y que han hecho los Ayuntamientos al aprobar ese nuevo Plan?

¿Qué es lo que deben hacer los Ayuntamientos al ordenar en ese nuevo Plan la ciudad preexistente?

La ordenación urbanística de la ciudad existente

Seguiremos con obviedades: es evidente que un Ayuntamiento cuando se plantea aprobar un nuevo Plan General ha de considerar la realidad física y jurídica de la ciudad existente y es evidente también que una de las opciones posibles es la conservación de esa realidad.

Decía⁵¹ a ese respecto el artículo 16.2 del Reglamento de Planeamiento (Decreto 2159/1978):

*2. Los Planes Generales **deberán considerar la situación urbanística anteriormente existente, bien para conservarla, bien para rectificarla** directamente a través de las propias determinaciones del Plan General o habilitando la formulación del oportuno Plan Especial de reforma interior que desarrolle las previsiones básicas que a tal objeto establezca el propio Plan General.*

Además, cuando menos desde el año 2007, el Ayuntamiento debe ejercer su potestad de planeamiento respetando el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible⁵².

Pues bien, por lo que ahora importa en aplicación de ese principio, el Ayuntamiento debe aprobar un planeamiento que integre en el tejido urbano “*cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social*”⁵³

Por eso, teniendo en cuenta la necesidad de considerar la situación urbanística anteriormente existente⁵⁴, así como la necesidad de preservar la diversidad de usos en aplicación del principio de

51 No es momento de entrar en profundidades en torno a la vigencia o no de ese Reglamento.

52 Actual artículo 3 del RDLeg 7/2015. Como antecedente el artículo 2 de la Ley 8/2007.

53 Apartado 3.g) del artículo 3.

54 Como se indica en el dictamen 154/2015 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi “*la jurisprudencia, en relación con el proceso urbanizador o de creación de la ciudad, ha consolidado la doctrina de la denominada fuerza normativa de lo fáctico, en el sentido de entender que ni la norma ni quien la aplica pueden apartarse o*

desarrollo territorial y urbano sostenible, lo razonable y legalmente más adecuado será que, en el nuevo Plan General, el Ayuntamiento decida conservar la diversidad de usos existentes.

Por otra parte, el Ayuntamiento debe también ejercer su potestad de planeamiento favoreciendo *“la puesta en valor del patrimonio urbanizado y edificado con valor histórico o cultural”*⁵⁵

Por eso, el Ayuntamiento al ejercer su potestad deberá proteger las edificaciones que merezcan -y por ello deban- ser protegidas por su valor histórico o cultural, aunque ello implique la consolidación de la edificación y el uso e impida el incremento de su edificabilidad y/o cambio de uso⁵⁶.

En definitiva, lo habitual, lo más adecuado urbanísticamente y lo conforme a derecho será que los Ayuntamientos al ordenar la ciudad existente decidan la conservación de la diversidad de usos que la enriquecen⁵⁷, así como la conservación de los edificios con valores históricos y/o culturales merecedores de protección⁵⁸.

Y eso es lo que han hecho los Ayuntamientos en los supuestos de hecho que han sido objeto de las sentencias analizadas.

Y en un gran número de casos, por hacer eso, los Ayuntamientos han sido condenados a abonar importantes indemnizaciones en base a la doctrina jurisprudencial mayoritaria que hemos expuesto en los apartados anteriores⁵⁹

Y han sido condenados por cuanto, según esa doctrina jurisprudencial, cuando los Ayuntamientos toman esas decisiones de ordenación urbanística para con respecto a la ciudad existente están conculcando el principio de equidistribución y, en consecuencia, lesionando el derecho de los propietarios recurrentes a la equidistribución -o al derecho al aprovechamiento reconocido a las propiedades del enterno, a las propiedades colindantes-

dejar de tener en cuenta la realidad urbana o urbanizada (entre otras SSTS de 25/10/2012 RJ 2012/10245, 22/5/86, RJ 1986/3604.

55 Apartado 3.k) del artículo 3.

56 Habitualmente cuando se cataloga un edificio no se limita el uso al uso preexistente y se admiten usos alternativos, pero hay supuestos en los que por las características de la edificación que se cataloga no hay posibilidad material de otros usos.

57 Diversidad de usos que, como hemos visto, es fruto, en gran medida, de opciones voluntarias de los propietarios.

58 No es una opción de los Ayuntamientos, sino un deber.

59 A nadie se le escapa que en ese contexto si no hay cambios y se consolida esa jurisprudencia serán muchos los Ayuntamientos que, teniendo en cuenta las consecuencias, no lo hagan en el futuro.

Y nosotros nos preguntamos:

¿Qué hay de cierto en ello?

La distribución de beneficios y cargas en la ciudad existente

Comenzaremos con una afirmación tajante: en los ámbitos de la ciudad existente que el Plan decide conservar -consolidar-, en los ámbitos en los que no se ordenan actuaciones de transformación, no es de aplicación el principio de distribución de beneficios y cargas⁶⁰.

Y ello así, además de porque así está establecido legalmente⁶¹, por una sencilla razón: porque en la ciudad existente que se consolida no hay nada que distribuir; en la ciudad existente que se consolida no hay ni beneficios ni cargas a repartir.

En la ciudad existente que se consolida no hay reparto, cada propietario tiene lo que tiene, lo que ha patrimonializado⁶²

O dicho lo mismo, pero utilizando terminología urbanística: en la categoría de suelo urbano consolidado, donde no se plantean actuaciones de transformación urbanística no es de aplicación el principio de distribución de beneficios y cargas.

Y ello es así cuando menos desde la Ley 6/98⁶³, Ley que en su artículo 5, tal y como se dice en el voto particular del Magistrado D.Eduardo Calvo Rojas anteriormente mencionado, establece que “*la garantía del derecho al reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento,..., viene referida a los propietarios afectados por las actuaciones urbanísticas.*”

60 No se discute que el principio de equidistribución sea un principio general de nuestro urbanismo. Lo que se discute es el ámbito de aplicación de ese principio. Por ejemplo, nadie discute que, aún siendo un principio general, no es de aplicación en el suelo no urbanizable.

61 En la actualidad los artículos 7 y 14 del RDLeg 7/2015 circunscriben la equidistribución a los ámbitos en que se ordenan actuaciones de transformación urbanística.

62 Es probable que algún propietario no haya materializado aún la totalidad de la edificabilidad permitida por el Plan. Ahora bien, en esos casos, la facultad de materializar ese incremento de la edificabilidad le corresponde en exclusiva a él, no ha de repartirla con otros propietarios -le corresponde ese incremento, salvo el porcentaje que corresponde a la Administración municipal en concepto de participación de la Comunidad en las plusvalías y lo que, en su caso, deba cederse en concepto de dotaciones-

63 La cuestión podía ser objeto de debate cuando estaba en vigor la regulación de las áreas de reparto y el aprovechamiento tipo.

Y lo mismo sucede en la actualidad, ya que como indica el artículo 14 del RDLeg 7/2015 el contenido del derecho de propiedad del suelo en situación de urbanizado comprende la facultad de:

“c) participar en la ejecución de actuaciones de reforma o renovación de la urbanización, o de dotación en un régimen de justa distribución de beneficios y cargas, cuando proceda, o de distribución, entre todos los afectados, de los costes derivados de la ejecución y de los beneficios imputables a la misma, incluyendo entre ellos las ayudas públicas y todos los que permitan generar algún tipo de ingreso vinculado a la operación”

Esto es, en la actualidad para que sea de aplicación el principio de distribución de beneficios y cargas en suelo en situación de urbanizado es requisito *sine qua non* que nos encontremos en un ámbito en el que el Plan ordena una actuación de transformación urbanística -artículo 7.1.a.2) y b del RDLeg. 7/2015-

Si el Plan no ordena una actuación de transformación urbanística no hay distribución de beneficios y cargas.

Por eso, y ésta es nuestra primera crítica a la jurisprudencia del TS, entendemos que yerran todas las sentencias del TS -y la doctrina jurisprudencial que parece ir consolidándose en esa línea- que sostienen que el supuesto que estamos analizando *“es un supuesto específico de responsabilidad patrimonial derivada del artículo 106.2 de la Constitución que “surge y deriva” del derecho esencial en el ámbito urbanístico de la equidistribución de beneficios y cargas”*

Y es que, como hemos visto, los concretos supuestos que son objeto de las sentencias del TS que han sido objeto de análisis, en los apartados 2 y 3 de este artículo, son supuestos de parcelas y edificaciones situadas en ámbitos urbanísticos en los que el Plan no plantea ninguna actuación de transformación urbanística, supuestos en los que el Plan lo único que hace es consolidar los usos y edificaciones existentes; esto es, son supuestos de parcelas y edificios situados en ámbitos en los que no es legalmente exigible la distribución de beneficios y cargas.

Por eso, en esos supuestos de hecho hay una razón evidente por la que no se puede sostener que hay responsabilidad patrimonial que surge y deriva del derecho a la equidistribución.

En los ámbitos urbanísticos en los que se dan esos supuestos no hay legalmente derecho a la equidistribución, por lo que la responsabilidad patrimonial no puede surgir y derivar de un derecho inexistente.

4.2. Ejercicio por los Ayuntamientos de la potestad de planificación urbanística y responsabilidad patrimonial.

En todos los casos analizados estamos hablando de supuestos en los que los Ayuntamientos han ejercido adecuada y legalmente su potestad discrecional de planificación urbanística⁶⁴. Esto es, han hecho lo que tenían que hacer.

Prácticamente en todos los casos, los Ayuntamientos han tenido en cuenta los hechos determinantes -la realidad existente⁶⁵- y en todos los casos, a la hora de establecer las concretas determinaciones del Plan, han tenido en cuenta el interés general y los principios de obligado respeto -muy especialmente el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible-

Efectivamente, como hemos visto, en la práctica totalidad de los casos las determinaciones urbanísticas del Plan se han limitado a conservar la realidad existente.

Esto es, prácticamente en todos los casos, lo que el Plan establece es la consolidación de los usos y edificaciones existentes. Y lo hace, además, justificadamente.

Y así las cosas, como hemos visto, en un buen número de esos supuestos los Ayuntamientos son condenados al pago de cuantiosas indemnizaciones en concepto de responsabilidad patrimonial.

Y son condenados en la medida en que el Tribunal Supremo considera que, en esos supuestos, las determinaciones urbanísticas que el Ayuntamiento aprueba lesionan un bien y/o un derecho; son condenados en la medida en que el Tribunal Supremo considera que, en esos supuestos, concurren los tres requisitos siguientes⁶⁶:

a) una restricción de la edificabilidad y/o el uso.

64 Así se indica en las propias sentencias que luego condenan al Ayuntamiento al pago de importantes indemnizaciones. En general, no se discute que el Ayuntamiento ha usado su potestad de planificación urbanística adecuada y legalmente. Sólo en alguna de las sentencias analizadas se dice que se ha sobrepasado el límite de la potestad discrecional. Destacamos la de 19 de octubre de 2011 y muy especialmente lo que se cita de la sentencia del TSJ que es objeto del recurso de casación en la que se achaca al Ayuntamiento no haber guardado el debido equilibrio entre la persecución del interés general y el derecho de propiedad.

65 Sólo hay un caso en el que el nuevo Plan no tiene en cuenta la realidad existente. Nos referimos al supuesto examinado y distinguido por el TSJ de Andalucía en el que el nuevo Plan limita el uso al uso de Servicio de Interés Público Social para una parcela que ni en el planeamiento anterior ni en la realidad física tenía esa limitación. Lo que como hemos visto es lo que hace que el TSJ trate de modo diferente este supuesto y los otros dos supuestos.

66 Esos requisitos no son sino la traducción a este ámbito concreto de los requisitos que han de concurrir para que pueda hablarse de responsabilidad patrimonial: un daño o perjuicio evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que ese daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos; que se haya producido sin intervención de fuerza mayor o elementos extraños que puedan alterar el nexo causal y sin que quien lo reclama tenga el deber jurídico de soportarlo.

b) una limitación singular.

c) la imposibilidad de equidistribución.

.

Pues bien, en nuestra opinión, como a continuación desarrollaremos, son erróneas las sentencias del TS que en los supuestos que estamos analizando condenan a los Ayuntamientos a abonar importantes indemnizaciones⁶⁷

Veamos.

4.2.1. Los límites entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse.

En el sistema legal español el régimen de la propiedad inmobiliaria es un régimen estatutario.

En nuestro sistema legal las ordenaciones territorial y urbanística delimitan el contenido del derecho de propiedad inmobiliaria.

A ese respecto, dice el artículo 4.1. del RDLeg 7/2015:

“La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes”

Como vemos, la regla general es la no indemnizabilidad, los supuestos indemnizatorios son excepciones a la regla general⁶⁸

Por ello, en principio, habrá que presumir que las determinaciones de un Plan urbanístico que establecen el destino de una concreta parcela y/o edificio -asignando usos y edificabilidades- no hacen

67 Nuestra tesis es que se trata de un error inducido, cuando menos en parte, por la concreta regulación legal del supuesto, por la referencia que en el mismo se hace en la regulación a la distribución equitativa; cuando todos los supuestos en que hay controversia jurídica se plantean en ámbitos en los que no se ordenan actuaciones de transformación; esto es, en ámbitos en los que no es de aplicación el principio de equidistribución.

68 Es importante resaltarlo por cuanto la interpretación de las excepciones debe ser restrictiva.

sino delimitar el derecho de propiedad inmobiliaria.

Y será quien entienda que esas determinaciones privan de un derecho quien deberá acreditarlo⁶⁹

Así las cosas, en los supuestos que son objeto de las sentencias que estamos analizando:

¿Cuál es el derecho patrimonial del que se está privando al propietario?

¿Cuál es el derecho que se está limitando?

Si analizamos las sentencias que son objeto de la presente crítica⁷⁰ observamos que hablan de restricción de la edificabilidad y/o el uso a una determinada propiedad en la medida en que no se le atribuye en el Plan la misma edificabilidad y/o el mismo uso que se atribuye a las propiedades colindantes, a las propiedades del entorno⁷¹, lo que según esas sentencias conculca el principio de equidistribución.

Pues bien, en nuestra opinión, el planteamiento jurisprudencial es erróneo. En nuestra opinión las determinaciones de la ordenación urbanística que son objeto de las sentencias que hemos analizado no restringen ese derecho por una razón muy sencilla: ese derecho no existe.

En la ciudad existente que se consolida no hay derecho a la distribución de beneficios y cargas.

En la ciudad existente que se consolida un propietario no tiene en modo alguno derecho a la misma edificabilidad y al mismo uso que el propietario colindante, ni a la misma edificabilidad y al mismo uso que los propietarios del entorno⁷².

Eso no forma parte del contenido del derecho de propiedad del suelo en situación de urbanizado - artículo 14 del RDLeg 7/2015-

69 Dice, entre otras, la Sentencia TC 170/89 que el límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse no es siempre fácil de determinar.

70 Nos referimos lógicamente a las que condenan al Ayuntamiento al pago de una indemnización

71 Eso sí, matizándose como hemos visto en ocasiones en el sentido de que la comparación debe realizarse con terrenos de la misma clasificación y calificación.

72 Si existiera ese derecho todos los propietarios se compararían con la parcela colindante con mayor edificabilidad y con el uso más lucrativo en cada momento.

En la ciudad existente que es objeto de un nuevo Plan General a lo que tiene derecho todo propietario es a que se le respete lo que ha patrimonializado⁷³, pero en modo alguno tiene derecho a un incremento de esa edificabilidad ni a un cambio de uso.

Y, como todo propietario, tiene también derecho a que el Ayuntamiento ejercite adecuada y legalmente su potestad discrecional⁷⁴ de planeamiento y a que en ese ejercicio respete, entre otros, el principio de igualdad⁷⁵

4.2.2. La potestad de planificación urbanística en la ciudad existente: la conservación de los usos y edificaciones existentes no lesiona ningún derecho.

Como hemos indicado, en la práctica totalidad de los casos nos encontramos ante supuestos en los que el Plan, de modo justificado, se limita a consolidar los usos y edificabilidades de una concreta propiedad -no restringe ni la edificabilidad ni el uso, consolida lo que hay-

Muy sintéticamente:

El Plan consolida la edificabilidad, y no posibilita incrementos por cuanto el edificio en cuestión tiene valores históricos y/o culturales merecedores de protección⁷⁶

El Plan consolida el uso existente⁷⁷ por cuanto quiere, y en principio debe, preservar la diversidad de usos en ese ámbito de la ciudad.

Pues bien, como ya hemos apuntado es de sobra conocido que la calificación de un edificio como

73 Esto es, la edificabilidad y el uso existente. Y si la edificación existente se declara en situación de fuera de ordenación a ser indemnizado en el supuesto en que se den las circunstancias señaladas en el segundo párrafo del apartado a) del artículo 48 del RDLeg 7/2015

74 A que no haga un uso arbitrario de esa potestad, a que tenga en cuenta los hechos determinantes, a que justifique sus decisiones en el interés general, etc.

75 Principio que no puede confundirse con el principio de equidistribución. El primero es un principio general aplicable en todos los ámbitos de la ciudad. El segundo es también un principio general, pero no es de aplicación en todos los ámbitos. Sólo es aplicable en los ámbitos en los que se plantean actuaciones de transformación. No es aplicable en el suelo no urbanizable, no es aplicable en el suelo urbano consolidado.

76 Obviamente, el Plan también consolida la edificabilidad de edificios que no son objeto de protección, pero los que ahora nos importan son los que se consolidan por razón de su catalogación.

77 O permite usos alternativos, pero dentro de esa misma tipología de usos.

“fuera de ordenación” no genera derecho de indemnización⁷⁸.

Así las cosas, si no es indemnizable la calificación de un edificio por el planeamiento urbanístico como fuera de ordenación, ¿cómo es posible que cuando un Plan consolida un edificio y su uso se condene a un Ayuntamiento al pago de una indemnización?

Ciertamente no resulta comprensible.

De hecho, lo normal sería que todas las leyes urbanísticas dijeran lo que dice la ley catalana⁷⁹: “El reconocimiento por un instrumento de planeamiento urbanístico de usos y edificabilidades preexistentes no tiene en ningún caso la consideración de limitación o vinculación singular”

Y es que cuando un Ayuntamiento consolida lo que hay, cuando respeta la edificabilidad y el uso que el propietario ha patrimonializado legalmente no se lesiona ningún derecho, y sin lesión de un derecho no puede haber responsabilidad patrimonial.

4.2.3. La potestad de planificación urbanística en la ciudad existente: el principio de igualdad y el principio de equidistribución.

Insistimos: no ponemos en cuestión que el principio de equidistribución es un principio general del urbanismo en España.

No, lo que afirmamos es que ese principio no es legalmente aplicable en un suelo en situación de urbanizado en el que no se plantea ninguna actuación de transformación⁸⁰

78 Dice en la actualidad el último párrafo del apartado a) del artículo 48 del RDLeg 7/2015: “las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial y urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurrida en dicha situación durante su vida útil”

79 Artículo 115.6 del Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de urbanismo de Cataluña.

80 Y, además, que tampoco tiene sentido su aplicación en esos ámbitos. Y es que como dice la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi en el dictamen 155/2015 “no tendría ningún sentido que la aprobación de un Plan pusiera en marcha un proceso de equidistribución, puesto que este principio opera para los procesos de transformación urbanística, proceso que ya se ha dado en este tipo de suelo” Y en su dictamen 154/2015: “Y en ese proceso de creación de la ciudad dotada de los necesarios servicios y equipamientos, los ya existentes van condicionando la ordenación futura, sin solución de continuidad, lo que ha de llevar a considerar consolidados los distintos usos y aprovechamientos que el proceso histórico de creación de la ciudad ha ido fijando, en el sentido de cerrar cualquier posibilidad de replantear o revivir procesos de equidistribución de beneficios y cargas cuando la asignación inicial de usos y edificabilidades, dispuesta normativamente o de hecho, como en el presente caso, no

Por eso sostenemos que los propietarios de parcelas y/o edificios situados en ámbitos de la ciudad existente, en los que el Plan no ordena ninguna actuación de transformación, y a los que el Plan les consolida la edificabilidad y los usos existentes, no pueden pretender derecho de indemnización.

Y mucho menos pretenderla con fundamento en el principio de equidistribución.

Por eso sostenemos que las sentencias que, en supuestos de ese tipo y con ese fundamento, han reconocido derecho de indemnización han realizado una interpretación jurídica equivocada.

El principio de equidistribución no puede ser en ningún caso el fundamento.

Ahora bien, ¿puede llegar a serlo el principio de igualdad?

En nuestra opinión, tampoco.

Si alguna determinación de un Plan de ordenación urbanística no respeta el principio de igualdad lo que procede es la anulación de esa determinación.

Si un Plan de ordenación urbanística dispensa a un propietario un trato de favor⁸¹ o más gravoso que a otros propietarios en su misma situación lo que procede es la anulación de esa determinación.

Eso sí, siempre que se pretenda fundamentar un recurso en base al principio de igualdad hay que tener muy claro que a lo que el Ayuntamiento está obligado es a tratar igual lo que es igual; por lo que si la realidad existente no es homogénea, no es igual, el Ayuntamiento no conculca el principio de igualdad.

No se conculca el principio de igualdad por tratar desigualmente lo que en la realidad es desigual.

Además, cuando el Ayuntamiento consolida un ámbito urbanístico, cuando no plantea actuaciones de transformación, no trata desigualmente a nadie; lo que realmente hace es tratar a todos los propietarios por igual; ya que a todos les reconoce lo que ya tienen patrimonializado.

sufren variación” O

81 En nuestro ordenamiento jurídico las reservas de dispensación están prohibidas.

Y en los casos en que en un ámbito de suelo urbano consolidado hay propietarios que pueden aún incrementar la edificabilidad preexistente y propietarios que no pueden hacerlo por haber sido catalogado el edificio de su propiedad, tampoco hay trato desigual para situaciones iguales, sino trato desigual para situaciones distintas. No puede compararse el trato que se dispensa a un edificio que tiene valores que deben ser protegidos⁸² del que se dispensa a uno que no los tiene.

Como no pueden tampoco compararse desde esa perspectiva el trato que el Ayuntamiento dispensa a un edificio destinado a un uso específico con otro destinado a otro uso.

Y es que el principio de igualdad no puede ser el fundamento de un derecho de indemnización por vinculación singular en supuestos en que la desigualdad de trato responde a una realidad preexistente que es desigual.

4.2.4. Los supuestos en los que excepcionalmente el legítimo ejercicio por un Ayuntamiento de su potestad de planificación urbanística podría generar derecho de indemnización.

Excepcionalmente, podríamos admitir que en algunos concretos supuestos el legítimo ejercicio de la potestad de planificación urbanística puede generar derecho de indemnización.

Se trataría, en nuestra opinión, de los supuestos que pretenden sistematizarse⁸³ en la sentencia de 11 de octubre de 2011 anteriormente citada; supuestos en los que *“late la voluntad del planificador, por lo demás loable y ajustada a derecho, de revitalizar los cascos Históricos de las ciudades, siendo una de las medidas previstas para ello, el mantenimiento del destino actual de las edificaciones para preservar actividades que, por la propia evolución socio-económica, han dejado de ser rentables y por ello están abocadas a su extinción”*

En ese tipo de supuestos, dice el dictamen 155/2015 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi - apartado 99- *“En el fondo, hay una ablación singular del contenido esencial del derecho a la propiedad urbanística, que conlleva una suerte de expropiación forzosa soterrada⁸⁴, que es el cauce que se activa para adquirir el suelo y los derechos destinados a dotaciones públicas...”*

En definitiva, si el interés general lleva a un Ayuntamiento a consolidar⁸⁵ una edificación destinada

82 Además, ¿no está el propietario de un edificio con valores históricos y/o culturales obligado a soportar las consecuencias de su consolidación? En el supuesto de que la catalogación se considerase límite y no delimitación, ¿no tendría el propietario el deber jurídico de soportar esa delimitación?

83 No en todos los supuestos que se relacionan en la sentencia se puede hablar de usos que han dejado de ser rentables.

84 Como sabemos las instituciones de la expropiación forzosa y la de la responsabilidad patrimonial tienen mucho en común. De hecho, se regulan en el mismo título VI del RDLeg 7/2015.

85 La cuestión es aún más clara en los supuestos en los que la calificación para ese uso no rentable se realiza ex novo, aunque es probable que en esos casos la solución más razonable es la anulación de la calificación tal y como hace la

a un uso específico y ese uso ya no es rentable⁸⁶, nos encontramos con una decisión cuasiexpropiatoria por lo que es razonable que se entienda que esa decisión genera un derecho de indemnización.

5. Conclusiones.

Tras el análisis realizado de la jurisprudencia las conclusiones sucintas que alcanzamos son las siguientes:

Primera. Consideramos que las sentencias del TS que condenan a los Ayuntamientos al pago de indemnizaciones por aprobar planes urbanísticos que consolidan usos y edificaciones existentes realizan una interpretación jurídica errónea.

Los planes urbanísticos que en el suelo en situación de urbanizado, en el suelo en que no se ordenan actuaciones de transformación urbanística, consolidan los usos y edificaciones existentes no lesionan ningún derecho.

Catalogar un edificio por sus valores históricos y/o culturales y consolidar su edificabilidad no lesiona ningún derecho.

Consolidar la rica diversidad de usos de la ciudad y especialmente la de sus centros históricos, no lesiona ningún derecho.

A través de esas determinaciones el Plan Urbanístico no está limitando el derecho de propiedad, lo que está haciendo es delimitarlo, y lo hace considerando la realidad preexistente.

Como indica la Sentencia TC 170/89 hay una técnica habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: *“el uso tradicional y consolidado. Esta técnica, utilizada también en el artículo 87 de la Ley del Suelo respecto del suelo no urbanizable, tiende precisamente a permitir la identificación del contenido esencial de los derechos; el mismo principio se ha utilizado en la Ley de Aguas, estimándose por este Tribunal que no suponía vulneración alguna de la garantía indemnizatoria del artículo 33.3 CE, sino delimitación del contenido de los derechos patrimoniales.*

No cabe duda de que en ocasiones podrán plantearse problemas concretos para enjuiciar si este límite se sobrepasa o

sentencia del TSJ de Andalucía de 16 de septiembre de 2008, rec. 4/2007.

86 Eso sí, cuantos más usos alternativos se posibiliten más difícil será sostener que se está consolidando un uso no rentable.

no. Pero, si así ocurriera, deberá en cada caso valorarse esas circunstancias por la autoridad competente, sin perjuicio de la facultad de revisión que los órganos judiciales poseen de esas decisiones. Por lo que respecta a lo aquí cuestionado, la previsión legal de que sólo son indemnizables aquellas vinculaciones o limitaciones de derechos que sobrepasen la barrera del uso tradicional y consolidado del bien, no supone una invasión del contenido esencial de los derechos, sino una delimitación de ese contenido, en el que se incluye, tanto respecto de la propiedad como de otros derechos patrimoniales, la función social que deben cumplir”

Precisamente por ello, lo que dice expresamente para Cataluña el artículo 115.6 del Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo debería considerarse válido en toda España:

“El reconocimiento por un instrumento de planeamiento urbanístico de usos y edificabilidades preexistentes no tiene en ningún caso la consideración de limitación o vinculación singular”

Y esa regla general, como decimos, debería considerarse aplicable en toda España, ya que al consolidar las edificaciones y usos preexistentes:

No se lesiona el derecho a la equidistribución por cuanto en esos ámbitos no hay derecho a la distribución de beneficios y cargas.

No se lesiona el derecho al aprovechamiento de las propiedades del entorno, al de las propiedades colindantes, por cuanto en esos ámbitos no hay derecho al aprovechamiento del entorno ni al de las parcelas colindantes.

No se lesiona ningún derecho por cuanto a todos los propietarios se les consolida lo que han patrimonializado legalmente.

Tampoco se vulnera el principio de igualdad por cuanto, cuando los planes urbanísticos consolidan en esos ámbitos los usos y edificaciones existentes, tratan a todos los propietarios por igual -a todos se les consolida lo que tienen, lo que han patrimonializado-

Y tampoco se vulnera el principio de igualdad cuando los planes urbanísticos catalogan unos edificios y otros no, y ello repercute en la edificabilidad.

Los edificios que se catalogan tienen valores históricos y/o culturales que deben ser protegidos y los segundos no; por lo que lo único que se está haciendo es dar un trato distinto a situaciones que son diferentes. Y eso no es contrario al principio de igualdad.

Esto es, el hecho de que, en ocasiones, los propietarios de las edificaciones catalogadas no puedan

incrementar la edificabilidad y sí puedan hacerlo los propietarios de las edificaciones no catalogadas⁸⁷ no es sino lógico corolario de esa diferente situación.

Segunda. Consideramos que, excepcionalmente, podría aceptarse que hay supuestos en los que la consolidación de un uso -o su asignación- puede generar derecho de indemnización.

Nos referimos a los supuestos en que por razones de interés general el planeamiento urbanístico consolida -y más, por supuesto, si asigna ex novo- una propiedad con destino a un uso no rentable económicamente.

Y es que puede entenderse que forma parte del contenido del derecho de propiedad inmobiliaria el derecho a obtener una mínima rentabilidad económica⁸⁸.

Eso sí, se tratará de supuestos excepcionales en los que deberá acreditarse que la consolidación del uso preexistente ha vaciado, dejado sin contenido, el derecho de propiedad inmobiliaria.

De supuestos en los que, de hecho, el planificador urbanístico podría optar por calificar la parcela en cuestión como dotación pública a obtenerse por expropiación.

Tercera. Consideramos que sería conveniente la modificación de la regulación legal del supuesto.

Nuestra tesis es que la interpretación jurisprudencial que reputamos errónea se debe en gran parte a la concreta regulación legal del supuesto.

87 Si en el ámbito en cuestión todos los propietarios, salvo los de la o las edificaciones que se catalogan, han construido todo lo que permitía la que hemos denominado Ordenanza Y el Plan Urbanístico puede limitarse a consolidar la edificabilidad materializada por todos los propietarios del ámbito. En los casos en que hay propietarios de edificios sin valores históricos y/o culturales que aún no han materializado esa edificabilidad que les posibilitaba la Ordenanza Y, el Plan Urbanístico puede hacer dos cosas: consolidar la edificabilidad existente en todos los casos y no permitir ningún incremento o seguir posibilitando que esos propietarios de edificaciones no catalogadas incrementen la edificabilidad en base a la Ordenanza Y. Como quiera que nos encontramos en ámbitos en los que no hay previsión de actuaciones de transformación, la legislación básica del suelo atribuye a ese propietario la facultad de materializar ese incremento no articulando ningún mecanismo de reparto.

88 Otra cosa, nada fácil por cierto, es establecer dónde está ese mínimo, máxime en los supuestos en los que el planeamiento urbanístico lo único que hace es consolidar el uso por el que el propietario optó voluntariamente en su momento. Y ello cuando, además, lo más habitual es que el Plan Urbanístico no se limite a consolidar el uso concreto y específico preexistente, sino que establezca todo un conjunto de usos alternativos posibles.

Y es que en el supuesto indemnizatorio regulado se habla expresamente de vinculaciones singulares que llevan consigo restricciones ***no susceptibles de distribución equitativa***, lo que ha dado pie al TS a considerar que el supuesto tiene que ver con el principio de equidistribución; cuando resulta, como hemos visto, que los concretos supuestos de hecho se dan precisamente en ámbitos en los que la equidistribución ya se realizó en su momento, en ámbitos en los que la realidad preexistente es resultado del proceso histórico de creación y es diversa; en definitiva, en ámbitos en los que no es legalmente exigible ni tienen sentido nuevos procesos de equidistribución.

Por eso, consideramos que sería conveniente una modificación del texto legal.

En primer lugar, consideramos que sería conveniente que se incorporase expresamente al ordenamiento jurídico básico la regla general conforme a la que ***el reconocimiento por un instrumento de planeamiento urbanístico de usos y edificabilidades preexistentes no tiene en ningún caso la consideración de limitación o vinculación singular***.

Y en segundo lugar, que se modificara la redacción de la excepción para adaptarla a lo que se ha indicado en la conclusión segunda.

En Donostia/San Sebastián, a 18 de agosto de 2017

Iñaki Atxukarro Arruabarrena, Letrado municipal Ayuntamiento Donostia-San Sebastián