

La configuración filoclimática del derecho de propiedad

Sofía Simou

Profesora Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Abstract¹

Las nuevas evidencias científicas sobre la aceleración del calentamiento global a causa antropogénica imponen la promoción de un modelo de planificación urbanística que incorpore criterios respetuosos con el clima. Las decisiones normativas que obliguen a la ordenación filoclimática de las ciudades afectan a los propietarios de los terrenos sobre los que recaen los usos del suelo fijados por el planeamiento. Constituye objetivo de este trabajo analizar en qué medida la asignación de usos propiamente filoclimáticos al suelo y/o la ordenación de las ciudades por el planeamiento urbanístico, conforme a la racionalidad y finalidad filoclimáticas, pueden ser compatibles con el ordenamiento jurídico existente. A estos efectos, se considera que toda regulación filoclimática de la propiedad debe someterse a un test escalonado que enjuicie su compatibilidad en dos planos. En el plano constitucional, las decisiones normativas respetuosas con el clima, para que quede garantizado el derecho de propiedad del art. 33 CE, deben ser acordes, por un lado, con: a) el “interés general”; b) el principio de proporcionalidad; y c) el “contenido esencial” del derecho de propiedad; y, por otra parte, con el principio constitucional de igualdad material (arts. 9.2 y 14 CE). En el plano de legalidad, las nuevas decisiones normativas deben articularse de tal forma que se siga garantizando el principio de equidistribución que proclaman las leyes urbanísticas españolas.

New scientific evidence on the acceleration of global warming due to anthropogenic causes imposes the promotion of a city planning model that incorporates climate friendly standards. The normative decisions that shape cities in accordance to climate friendly elements affect property owners. The latter are obliged to develop their properties in a predefined way that is dependent on land use assignments by urban planning. This study aims to analyze to what extent climate friendly zoning or/and city planning according to climate friendly rationality are compatible with the existing constitutional and legal order. To this end, it is considered that any climate friendly regulation of property must be subjected to a staggered/phased testing that will evaluate its compatibility at two levels. At a constitutional level, philo-climatic normative decisions in order for them to guarantee the constitutional property right (art.33 SC), must comply with a) public interest b) the proportionality principle and c) the “essential content” of property right as well as with the constitutional principle of equality (arts. 9.2 and 14 SC). At a legal level, new climate friendly normative decisions must be articulated in such a way that the principle of equidistribution proclaimed by Spanish laws remains guaranteed.

Title: Integrating climate friendly elements into property right

Key-words: climate change, property right, urban planning, urban development obligations, legal and constitutional compatibility test

Palabras clave: cambio climático, derecho de propiedad, planificación urbanística, cargas urbanísticas, test de compatibilidad constitucional y legal

¹ La autora agradece enormemente los comentarios valiosos y las discusiones siempre enriquecedoras que ha mantenido durante la elaboración del presente estudio con la Profesora Silvia Díez Sastre, el Profesor José María Rodríguez de Santiago, el Profesor Juan Antonio Chinchilla Peinado y, en especial, el Profesor Francisco Velasco Caballero. Asimismo han sido de gran utilidad para la presente versión del trabajo los comentarios de los dos revisores anónimos de la revista.

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión y estructura expositiva
2. La configuración filoclimática del derecho de propiedad: posibilidades y límites
 - 2.1. Exposición sintética del contenido del art. 33 CE
 - 2.2. Un listado representativo de las medidas urbanísticas filoclimáticas
 - 2.3. La naturaleza compuesta del derecho de propiedad: el “contenido esencial” y el “contenido general”
 - a) Aproximación general
 - b) Definición conceptual del “contenido esencial” del derecho de propiedad y consecuencias de su vulneración
 - c) La función social como función filoclimática de la propiedad y el “contenido esencial” como límite absoluto a la configuración filoclimática del derecho por el legislador
 - 2.4. Reserva de ley flexibilizada/relativa en materia de propiedad y espacio configurador filoclimático del planeamiento
 - 2.5. La necesidad de aplicación de un test escalonado para enjuiciar la compatibilidad de las cargas urbanísticas filoclimáticas con el derecho de propiedad y los principios de igualdad y equidistribución
 - a) Parámetros constitucionales de control: el derecho de propiedad del art. 33 CE
 - b) Parámetros constitucionales de control: el principio de igualdad material (arts. 9.2 y 14 CE)
 - c) Otro escalón adicional en el test como parámetro de legalidad de la intervención filoclimática en el derecho de propiedad: el principio de equidistribución y la adaptación de los coeficientes de ponderación a los objetivos filoclimáticos
3. Conclusiones
4. Tabla de sentencias
5. Bibliografía

1. Planteamiento de la cuestión y estructura expositiva

Los gobiernos locales están llamados a satisfacer los intereses de la sociedad en el ámbito de sus *competencias* y capacidades financieras. La protección frente al *cambio climático*, en su vertiente tanto de *mitigación* como de *adaptación*, es indudablemente un interés social (infra pág. 18 y ss.). También lo es la ordenación del espacio. Por esa razón, la promoción de ambos intereses se encomienda, entre otros actores públicos, a los gobiernos locales. Sin embargo, el margen de actuación para materializar la ordenación espacial conforme a criterios filoclimáticos –criterios respetuosos con el clima o *climate friendly*- a nivel local no resulta de una atribución competencial directa y específica en la materia. La promoción del urbanismo filoclimático, orientado en este estudio más hacia la plasmación de políticas públicas de mitigación -reducción de la emisión de GEI en la fuente- que de adaptación al fenómeno, puede deducirse de la *ejecución combinada de competencias locales clásicas*: la *planificación urbanística*, entre otras, realizada a través de las técnicas idóneas para la consecución de objetivos filoclimáticos -la zonificación, la calificación del suelo y los estándares urbanísticos-; y las *competencias ambientales* generales. La atribución de estas competencias a los entes locales se efectúa en las leyes estatales o autonómicas de índole ambiental y urbanística. La ausencia de base competencial específica en materia de cambio climático en la legislación general de régimen local o sectorial ambiental y urbanística –estatal y autonómica-, que habilite a los gobiernos locales a desarrollar competencias concretas en este ámbito, no es completamente de extrañar. El cambio climático es un fenómeno físico que se acelera por la actividad humana realizada en varios sectores ordenados jurídicamente (movilidad y transporte, urbanismo, energía, gestión de residuos etc.). Por lo tanto, es un fenómeno que puede examinarse y abordarse desde varias perspectivas. Por esa razón, las competencias que el legislador atribuye a los gobiernos locales en estos sectores -algunos caracterizados por una densidad normativa importante-, si se combinan adecuadamente, entablan una base sólida para la acción local en la materia².

Una vez se asuma la existencia de competencias locales para la consecución del urbanismo filoclimático, la siguiente duda que surge es la relacionada a las *posibles modalidades de promoción de este modelo urbanístico* por los gobiernos locales. La propuesta efectuada en este aspecto gira en torno a dos ejes. Pues bien, la primera modalidad contempla la posibilidad de *creación específica de nuevos usos* de asignación al suelo que *incorporen criterios filoclimáticos*. La segunda modalidad apoya la *ordenación del conjunto de la ciudad* conforme a esta categoría de criterios, lo cual realmente es una variante del urbanismo convencional –y, *a posteriori*, del urbanismo sostenible- que ha ido desarrollándose en España. Aunque en este trabajo el acento se ponga en las medidas urbanísticas que sirven para la reducción de la emisión de GEI en la fuente misma, un importante

² La profundización en las competencias locales en materia de cambio climático excedería del objeto del estudio del presente trabajo. El artículo dispone de un espacio limitado que se dedica al establecimiento de la interconexión entre las medidas urbanísticas filoclimáticas y el derecho de propiedad. Sin embargo, a modo de ejemplo, sobre las competencias locales que pueden emplearse para luchar frente al cambio climático pueden consultarse las siguientes atribuciones doctrinales: ALONSO GARCÍA, 2011, pp. 2453 y ss.; ALONSO GARCÍA y LOPERENA ROTA, 2006, pp. 803 y ss.; CASADO CASADO, 2015, pp. 201 y ss.; GALERA RODRIGO, 2016, pp. 475 y ss.; MUNOZ AMOR y NAVARRO RODRIGUEZ, 2015, pp. 125 y ss.; y SANZ RUBIALES, 2014, pp. 5 y ss.

número de las medidas, que se enuncia a continuación, sirven también para la adaptación al fenómeno del cambio climático.

Más en concreto ahora, la primera forma de hacer urbanismo es de naturaleza directa porque implica la innovación del planeamiento urbanístico actual a través de la creación de usos específicos destinados a la protección climática –tanto para la mitigación como para la adaptación al fenómeno físico-. Según ella, se asignarán a determinadas porciones del suelo usos configurados como propiamente *filoclimáticos en combinación con los usos ya existentes* (por ejemplo: uso residencial o terciario filoclimático). Estos nuevos usos combinados suponen un *gravamen directo sobre la situación patrimonial de los propietarios* que deben materializar sus aprovechamientos subjetivos en los espacios que se han asignado estas categorías de usos. Las cargas que conlleva esta asignación de usos consisten en la construcción de las edificaciones de una determinada forma (especialmente sostenible y de materiales que toleren sequías o fenómenos físicos extremos desencadenados por el cambio climático) y en la introducción de la eficiencia energética en la edificación a través de techos verdes, sistemas de riego eficientes, aislamientos térmicos etc. con los costes adicionales que esto supone para los propietarios de estas categorías de suelo. De otro lado, también es posible la asignación de usos al suelo que prohíban completamente la construcción en zonas colindantes a ríos o muy cercanos a la ribera del mar en aras de una mejor adaptación al cambio climático o la permitan pero previa elaboración de estudios de seguridad de la edificación.

El segundo eje del urbanismo filoclimático es de carácter más indirecto y general, que la pura asignación de usos filoclimáticos al suelo, y podría con facilidad ubicarse en el marco más amplio del concepto del urbanismo sostenible. Gira en torno a la *ordenación de la ciudad conforme a la racionalidad y finalidad filoclimáticas*. Se trata de planificar y ejecutar, dependiendo de la disponibilidad del suelo en cada municipio y sin llegar a soluciones extremas, un modelo urbanístico *intensivo y denso con reservas amplias* para la localización de: espacios públicos –libres y verdes-; instalaciones de energías renovables o de valorización energética de residuos; sistemas reforzados de transporte colectivo eficiente; zonas peatonales, carriles bici; así como un modelo de ciudad que promueva la mezcla de usos combinando en un mismo sector usos residenciales, servicios públicos y usos terciarios.

Hecha esta distinción preliminar sobre lo que puede entenderse bajo la idea del urbanismo filoclimático, lo siguiente que debe apuntarse es el *tipo de instrumento normativo* del que disponen los gobiernos locales para esta finalidad. La atribución competencial de carácter combinado para la consecución del urbanismo filoclimático desemboca en la adopción de regulaciones locales –en forma, primordialmente, de planes de ordenación urbanística y, complementariamente, de ordenanzas-. El plan urbanístico es el instrumento político-jurídico vinculante, por excelencia, que ordena y asigna usos concretos al suelo³. En este sentido, condiciona la realidad física futura. Estas decisiones político-jurídicas, que están destinadas a servir el “interés general” desde una perspectiva global, afectan lógicamente a los propietarios de los terrenos sobre los que recaen los usos fijados por el planeamiento urbanístico. Cuando se regula la forma de utilización de un

³ PAREJO ALFONSO, 1982, pp. 31 y ss.

recurso natural como el suelo, se regula al mismo tiempo el derecho de los propietarios sobre estos terrenos. De este modo, las técnicas urbanísticas tradicionales recogidas tanto en las leyes urbanísticas como en los instrumentos normativos locales (clasificación, calificación, estándares urbanísticos etc.) definen el estatuto del derecho de propiedad. Van confiriendo a los propietarios distintas facultades e imponiéndoles cargas de distinta intensidad (uso, altura, edificabilidad etc.) según las características del suelo que posean (no urbanizable, urbanizable, urbano consolidado etc.). En este punto, pueden surgir dudas sobre si el hecho de que sea primordialmente el planeamiento urbanístico el instrumento que dota con contenido el derecho de propiedad en su proyección concreta es acorde con el límite constitucional de *reserva de ley en materia de propiedad urbanística* (arts. 33 y 53.1 CE). Pues, hay que apuntar que por lo general en este ámbito, la reserva de ley se ha interpretado de forma muy flexible. Así se acepta, de forma bastante pacífica, la remisión de las leyes urbanísticas o de suelo (estatales o autonómicas) al planificador urbanístico para la configuración concreta de la propiedad, siempre que en ellas se estipulen unas garantías mínimas de regulación material y de procedimiento.

Ahora bien, por mucho que la configuración filoclimática del derecho de propiedad se imponga por las nuevas evidencias científicas en relación con la aceleración antropogénica del calentamiento global, la incidencia de tal configuración en la esfera patrimonial de los particulares no puede negarse. De ahí que un *juicio de compatibilidad de las técnicas urbanísticas filoclimáticas con el derecho de propiedad* del art. 33 CE y, complementariamente, con el principio de igualdad del art. 14 CE (en combinación con el art. 9.2 CE) parezca necesario.

La afectación de la propiedad del suelo por las técnicas urbanísticas filoclimáticas -establecidas, principalmente, en el planeamiento urbanístico de competencia local- exige ser estudiada desde esta nueva perspectiva. El estudio debe centrarse en averiguar cómo la nueva configuración filoclimática del derecho puede llegar a afectar la comprensión tradicional del derecho de propiedad. Eso ayudará a identificar compatibilidades, paralelismos y singularidades del nuevo régimen de propiedad filoclimática en relación con su concepción actual. La ordenación expositiva aplicada para la elaboración del estudio seguirá la estructura de análisis del derecho de propiedad. Esta vía silogística de seguir la estructura de análisis del mismo derecho, que se ve configurado por los nuevos criterios filoclimáticos, es útil por la siguiente razón. La aproximación básica a la estructura del derecho de propiedad permite determinar los criterios y parámetros que la doctrina y la jurisprudencia han identificado hasta el momento para fijar las posibilidades de configuración del derecho de propiedad y sus límites. La aplicación analógica de estos criterios puede poner de manifiesto las modulaciones que el derecho de propiedad ex art. 33 CE sufre en su configuración filoclimática.

Con esa finalidad, en los párrafos que siguen se plantean las siguientes cuestiones: a) qué tipo de propiedad se ha configurado en España, tanto a nivel constitucional, como legal y jurisprudencial; y b) en qué medida la asignación de usos filoclimáticos al suelo y/o la ordenación de las ciudades por el planeamiento urbanístico, conforme a la racionalidad y finalidad filoclimáticas, pueden ser compatibles con el derecho de propiedad constitucionalmente garantizado en el art. 33 CE y su modulación por las leyes, así como con el principio de igualdad

material (arts. 9.2 y 14 CE). Pues bien, toda regulación filoclimática de la propiedad, para ser conforme a Derecho debe someterse a *un test escalonado* que enjuicie su *compatibilidad en dos planos*. En un primer momento y en *el plano constitucional*, las decisiones normativas filoclimáticas, para que quede garantizado el derecho de propiedad del art. 33 CE, deben ser acordes con: a) el “interés general”; b) el principio de proporcionalidad; y c) el “contenido esencial” del derecho de propiedad como límite absoluto al legislador y al planificador (art. 53.1 CE). Asimismo, es importante que las cargas diferenciadas que se impongan a los propietarios sean acordes con el principio constitucional de igualdad material. Por otra parte, y en *el plano de legalidad*, las decisiones normativas filoclimáticas deben ser acordes con el principio de equidistribución orientado a garantizar, entre los propietarios de un ámbito de actuación urbanística, la igualdad relativa.

Parece que la solución a las posibles incompatibilidades constitucionales y legales que puedan surgir por la ordenación del derecho de propiedad conforme a criterios filoclimáticos pasa por la *correcta articulación de las técnicas urbanísticas clásicas* (zonificación, calificación, equidistribución, cesiones, recuperación de las plusvalías por vía fiscal). Es cierto que el presente estudio se ciñe al análisis de las limitaciones que por *vía regulatoria* se imponen al derecho de propiedad para la consecución de objetivos filoclimáticos. De ahí que se busca la compatibilidad de estas medidas con la configuración constitucional y legal del derecho. No obstante, también es verdad que este tipo de objetivos puede conseguirse a través de otras vías alternativas como las *técnicas de incentivo*. Estas técnicas, de asunción voluntaria por los propietarios, no constituyen objeto del presente estudio puesto que las limitaciones surgidas en el derecho de propiedad serán de carácter consensuado. Este mismo carácter excluye, al menos *prima facie*, su sometimiento a un test de compatibilidad como el propuesto en este trabajo.

En este punto, es importante destacar también que la aplicación del test propuesto para enjuiciar la compatibilidad de las medidas urbanísticas respetuosas con la protección climática con el derecho de propiedad y las exigencias del principio de equidistribución no es un examen que sirve únicamente al objetivo que acaba de enunciarse. Su *traslación* es posible al enjuiciamiento de *otras políticas públicas* que pueden incidir en el derecho de propiedad (por ejemplo, políticas que sirven otros intereses generales como la protección de personas mayores o de movilidad reducida). La aplicación del test dependerá siempre de la medida urbanística en la que se enfatice y la que se pretenda examinar en el marco de una política pública más general.

Finalmente, a lo largo de la estructura expositiva también se analizarán los casos en los cuales la afectación del derecho de propiedad por su configuración filoclimática debe resultar indemnizable para el propietario. En estos supuestos, dos instituciones previstas en el ordenamiento jurídico español pueden servir como “cláusulas de cierre” de la configuración filoclimática del derecho de propiedad: a) la garantía expropiatoria (art. 33.3 CE) –cuando una regulación filoclimática atente contra el “contenido esencial” del derecho de propiedad y la medida se considere expropiatoria-; y b) la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 106.2 CE) cuando la medida de intervención filoclimática cause un daño patrimonial por vulneración del principio de proporcionalidad o del principio de igualdad. Las “cláusulas de cierre” sirven, así,

como último recurso para salvaguardar los intereses de los propietarios afectados por la nueva configuración de sus derechos.

2. La configuración filoclimática del derecho de propiedad: posibilidades y límites

2.1. Exposición sintética del contenido del art. 33 CE

El análisis debe empezar por recordar, de forma sintética, cómo es el derecho de propiedad privada que garantiza el art. 33 CE. Una lectura conjunta, integrada y sistemática de los tres apartados del art. 33 CE resulta necesaria para su comprensión (STC 37/1987, FJ 2). El primer apartado del art. 33 CE reconoce⁴ y *garantiza el derecho de propiedad* frente a todos los poderes públicos y, entre ellos, *frente al legislador*. A la vez, el apartado segundo del art. 33 CE encomienda al legislador la tarea de regulación del contenido del derecho para dar cumplimiento a la *función social* del mismo. Y el tercer apartado del art. 33 CE establece las *garantías constitucionales de la expropiación forzosa*. En otras palabras, mientras el primer apartado del art. 33 CE se destina a garantizar la *vertiente individual/subjetiva* del derecho a la propiedad privada frente a las intervenciones del poder público, el segundo apartado encarga al poder público -legislador- su modulación para dar conformidad a la *función social del derecho y su vertiente institucional/objetiva*⁵. En una puesta interrelacional de los apartados 2 y 3 del art. 33 CE se hace obvia la regulación, *de intensidad variable*, de las dos formas de intervención del poder público en la propiedad. Por una parte, se posibilita constitucionalmente la imposición a la propiedad por las normas de límites, cargas u obligaciones -que podrían ser también filoclimáticas- en virtud de la función social de los derechos patrimoniales (art. 33.2 CE). Por otra parte, se regula la posibilidad de privación de estos derechos observando ciertas garantías (art. 33.3 CE). En este sentido, la tarea interpretativa de fijar la línea, que separa una limitación admisible de la propiedad derivada de su función social -y por extensión de la filoclimática- de una expropiación, se ha elevado en uno de los puntos más problemáticos jurídicamente en relación con el derecho de propiedad. Y ni la jurisprudencia ni la doctrina españolas han elaborado criterios claros y consistentes que permitan colmar cabalmente esa laguna⁶. En este marco, parece fundamental buscar criterios relevantes para identificar hasta qué medida las leyes y los planes urbanísticos conceden espacio a la función social - y, por analogía, a la filoclimática- como parte, por lo menos, del “contenido general” del derecho. Más discutible, como se analizará más adelante, es la penetración del factor respetuoso con el clima al “contenido especial” del derecho.

El art. 33 CE, centrado aquí en la propiedad urbanística, refleja la tensión de los dos elementos a

⁴ Acerca de la elección de la expresión “se reconoce por el constituyente”: REY MARTÍNEZ, 1994, pp. 192 y ss.

⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008, p. 159.

⁶ DOMÉNECH PASCUAL, 2012a, pp. 269 y ss.

los que intenta dar cumplimiento a través de una ponderación interna.

Por una parte, el art. 33.1 CE protege *la utilidad individual* del derecho de propiedad de forma absoluta como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular. Eso se traduce, en lo que aquí concierne, en el aseguramiento de una *rentabilidad o aprovechamiento individual suficiente* para el propietario titular del derecho (STC 170/1989, FJ 8 b).

Por otra parte, la *socialización o funcionalización social*⁷ de la propiedad aparece como idea fundamental y meta a conseguir⁸ en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. El principio de la función social de la propiedad enunciada en el art. 33.2 CE obliga a contextualizar la individualidad del primer apartado en un entorno de convivencia social, relativizando su virtualidad por razones de justicia material y solidaridad⁹. La función social de la propiedad no es, así, un límite externo a la definición o ejercicio del derecho, sino un componente integrante de su propia sustancia (STC 37/1987, FJ 2).

c) Finalmente, el art. 33.3 CE establece como *garantías constitucionales de la expropiación forzosa* que ésta se lleve a cabo por causa justificada de utilidad pública o interés social; que se otorgue al expropiado la correspondiente indemnización; y que la privación de los bienes o derechos se realice “de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

En definitiva, las características fundamentales del derecho “social” de la propiedad, como se deduce del propio tenor literal del art., son: su reconocimiento como derecho constitucional subjetivo, el establecimiento de la función social como parte integrante de la estructura de este derecho, y la garantía expropiatoria¹⁰.

2.2. Un listado representativo de las medidas urbanísticas filoclimáticas

Antes de proceder al análisis detallado de los elementos que forman parte del derecho de propiedad del art. 33 CE -para ver cómo la ordenación urbanística de las ciudades de forma respetuosa con el clima puede afectar a los propietarios- resulta clarificador enunciar en un listado de carácter representativo, y de ninguna forma exclusivo o excluyente, las medidas urbanísticas (obligaciones o cargas de actuar de un determinado modo) que incorporan a este derecho el factor filoclimático. Estas medidas -algunas vistas desde una perspectiva meramente individual y otras puestas en el contexto más amplio de ordenación de la ciudad de forma

⁷ BAÑO LEÓN, 2008, pp. 1782 y ss. considera que la concepción estatutaria de la propiedad privada deriva de las ideas predominantes de funcionalización social del derecho a la propiedad en Europa.

⁸ SUSTAETA ELUSTIZA, 1978, p. 57.

⁹ SÁNCHEZ MORÓN, 2012, p. 720.

¹⁰ BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 26, 80, 117 y ss.

compacta, densa y segura para luchar contra el cambio climático- tienen como objetivo principal la reducción de la emisión de GEI (mitigación). En otras palabras, se trata de averiguar cómo hacer ciudad y construir adecuadamente el entorno guiados principalmente por la disminución necesaria de emisión de GEI a la atmósfera. Lo anterior no significa, sin embargo, que algunas prohibiciones o limitaciones en la construcción de las parcelas no puedan tener también en paralelo como finalidad la preparación y conversión de las ciudades en seguras para afrontar las consecuencias extremas que desencadena el fenómeno (subida del nivel del mar y de los ríos, sequías, olas de calor, etc.) (adaptación). En este sentido, a lo largo del estudio se hará referencia a las siguientes cargas o medidas filoclimáticas para ver su impacto sobre el derecho de propiedad:

Establecimiento de *cesiones* al municipio por parte de los propietarios con ocasión de la aprobación de la transformación de suelo que se destinarán a un fin inmediatamente relacionado con la disminución de GEI –como, por ejemplo, sistemas urbanos de calefacción proveniente de energías renovables- o la educación ambiental.

Asignación directa de usos filoclimáticos al suelo urbano o urbanizable/rural. Estos usos pueden llegar a *excluir*, conforme a estudios previos de inundabilidad¹¹ la *construcción* de edificios en determinadas parcelas colindantes a zonas de ríos, lagos o la ribera de mar puesto que su sostenibilidad puede peligrar por la elevación del nivel del mar o la crecida de ríos. De otro lado, la asignación de este tipo de usos a determinadas parcelas implicará necesariamente la obligación *de introducción de la eficiencia energética* en la edificación (instalación de aislamientos térmicos, paneles solares fotovoltaicos, sistemas de riego eficientes, contadores inteligentes de energía etc.). Por lo tanto, las construcciones que se ubiquen en las parcelas caracterizadas por estos usos tienen que cumplir todos o algunos requisitos de construcción de las casas pasivas o eficientes para que se materialice de forma efectiva el uso asignado.

Reserva de espacios en un ámbito de actuación o área de reparto con la previsión de generosos sistemas/redes generales o locales para *espacios públicos* amplios –libres y verdes-; *instalaciones de energías renovables* o de *valorización energética de residuos*; sistemas reforzados de transporte colectivo eficiente, *zonas peatonales* y *carriles bici*.

Mezcla de usos combinando en un mismo sector usos residenciales, servicios públicos y usos terciarios.

Flexibilidad de usos para la implantación tanto de usos terciarios no nocivos para el medioambiente así como usos residenciales según lo que solicite el propietario.

*Edificación densa y compacta en altura*¹², sin llegar a soluciones extremas y dependiendo también de la disponibilidad del suelo en cada municipio y su situación geográfica y geológica.

¹¹ Art. 9 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña (BOE nº 218 de 8.09.2010). Sobre el Derecho urbanístico en esta Comunidad Autónoma véase: GIFREU FONT (2012),

¹² Este modelo de construcción empieza a ser criticado por varios autores entre los cuales AMENÓS ÁLAMO, 2016, versión en línea.

Uso en la construcción de edificios e infraestructuras de *materiales* impermeables, seguros e idóneos para aguantar altas temperaturas, sequías, fenómenos temporales extremos y subidas del nivel de los ríos y del mar.

Limitación del crecimiento urbano.

2.3. La naturaleza compuesta del derecho de propiedad: el “contenido esencial” y el “contenido general”

a) Aproximación general

En la doctrina académica se viene insistiendo en que el derecho fundamental a la propiedad privada es un derecho “delimitable” o “definible” por las leyes o por otras normas “de acuerdo con la ley”. Es lo mismo que sucede con todos los derechos constitucionales que se califican como “derechos de configuración legal”¹³. La propiedad constitucional, en este sentido, no tiene existencia propia independiente de la regulación legal de la propiedad¹⁴. Esto no quiere decir que la voluntad configuradora del legislador sea ilimitada. Su ejercicio, factible por ley, debe en todo caso respetar y ser compatible con el “contenido esencial” del derecho que configura (art. 53.1 CE). Eso significa que la garantía formal de la reserva de ley, siquiera tan flexible como se viene entendiendo en Derecho español (véase epígrafe 3), no es la única que se impone a la configuración del derecho de propiedad. La Constitución también exige a toda norma delimitadora de la propiedad respetar el “contenido esencial” de este derecho (art. 53.1 CE). En este sentido, la mayor dificultad reside en identificar y definir qué elementos o qué facultades forman parte del “contenido esencial” de este derecho, convirtiéndolo así, en indisponible para el legislador -y, a fortiori, el planificador urbanístico-; y qué consecuencias se desprenden de la vulneración del “contenido esencial” -constatación de una expropiación (art. 33.3 CE) o inconstitucionalidad de la norma-¹⁵. La aproximación general efectuada en este punto es de utilidad para su traslación luego al ámbito de la propiedad filoclimática.

El derecho de propiedad es un derecho estatutario que depende casi exclusivamente de la concepción que en cada momento histórico asuma el legislador¹⁶. Para comprender cómo la

¹³ JIMÉNEZ CAMPO, 1999, pp. 42 y ss.

¹⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008, p. 159. Tal y como ponen también de manifiesto PÉREZ LUÑO *et.al.*, 1994, p. 494, citando a Marx “la definición de la propiedad como una relación independiente, como una categoría específica, como una idea abstracta y eterna al margen de las condiciones históricas, no puede ser otra cosa que una ilusión de la metafísica o de la jurisprudencia”.

¹⁵ MIR PUIGPELAT, 2002, pp. 110 y ss., el art. 53.1 CE alude al “contenido esencial” como un parámetro de validez de las disposiciones legislativas -y, a fortiori, administrativas- y no como un elemento definitorio del concepto de expropiación. Contrariamente a esta tesis, AGUDO GONZÁLEZ, 2011, p. 18 y BAÑO LEÓN, 2008, pp. 1782 y ss.

¹⁶ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 119.

preocupación filoclimática puede llegar a penetrar el derecho de propiedad a través de su configuración legal debe partirse de la asunción de que el derecho de propiedad se manifiesta como un *derecho compuesto*. El “contenido general” y el “contenido esencial” del derecho ocupan esquemáticamente dos círculos homocéntricos, siendo el segundo de mucho menor tamaño e incluido en el primero. Los dos se impregnan de los dos elementos definatorios del derecho de propiedad –utilidad individual y función social-. El primer elemento en cada uno de los círculos es un tanto *estático/absoluto*, y el otro de naturaleza más *dinámica/relativa* en cuyo espacio se hace posible la inserción del interés filoclimático. El *elemento estático* es la *vertiente subjetiva del derecho*. Esta vertiente incluida en “el contenido general” del derecho se configura por el legislador. Sin embargo, la parte de esta vertiente incluida en el “contenido esencial” se manifiesta como “límite de los límites” a la libre configuración del derecho por el legislador (según la doctrina alemana, *Schranken Schranke*)¹⁷. La vertiente subjetiva del “contenido general” del derecho consiste en la existencia imperturbable de un *aprovechamiento individual* para el sujeto que goza de este derecho pero que, en principio, está abierta a graduación. La graduación, no obstante, de la vertiente individual no debe llegar a tocar al “contenido esencial” en la misma vertiente. Este caso se daría si una ley –o norma infralegal- delimitara más allá de lo permitido al legislador el espacio de la utilidad individual, llegando a anular todo aprovechamiento individual significativo para su titular, desvaneciendo la sustancia del derecho, desnaturalizándolo. El carácter estático de este elemento viene impuesto por el valor relativamente permanente y estable que se le debe dotar a esta parte del “contenido –general y esencial-” del derecho de propiedad. El *elemento dinámico*, de otro lado, es lo que se considera como la *función social* de la propiedad. La determinación del elemento social de la propiedad depende de cada momento histórico y su extensión está intrínsecamente ligada a la conciencia social. La propiedad “es” función social y esta conforma (no solo vincula) al derecho dominical¹⁸. La cláusula general de la función social¹⁹ es una especificación de la cláusula constitucional del Estado social (art. 1.1 CE). En este sentido, el legislador está obligado a constituir el orden de la propiedad logrando una síntesis suficiente de la utilidad individual y de la utilidad social²⁰. El art. 33 CE contiene, así, una garantía primaria de *estabilidad de la propiedad* y de su utilización y explotación; y una garantía secundaria de *valor* de la propiedad (incondicional e inalienable). La segunda opera cuando por causa de utilidad pública o interés social cesa la primera para convertirse en su equivalente económico²¹. Actualmente la conciencia social está muy influenciada por las evidencias científicas que demuestran la aceleración del calentamiento global causado por la actividad humana. Por lo tanto, el elemento

¹⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008, p. 161. Contrariamente a la tesis de que el contenido esencial del derecho de propiedad forma “límite de los límites”, BAÑO LEÓN sostiene que el contenido esencial no es el límite de los límites, sino el límite a la sustancial libertad de configuración del legislador. La razón es que, a su parecer, la ley es la que fija el contenido de la propiedad y no la que limita el contenido natural del derecho (2009, p. 334).

¹⁸ MARTÍNEZ REY, 1994, p. 349.

¹⁹ Sobre la función social como cláusula general y no concepto jurídico indeterminado, *ibídem*, pp. 349 y ss.

²⁰ *Ibidem*, p. 349.

²¹ *Ibidem*, p. 341.

dinámico de la propiedad en este momento viene modulado también por este interés social.

Pues bien, utilidad individual y función social son los dos elementos formadores de lo que aquí se denominaría el “contenido general” del derecho de propiedad configurable de acuerdo con las leyes. Más discutible es doctrinalmente, y dependiendo de la visión más o menos cercana a las teorías absolutistas/civilistas o relativas/socializantes, si estos dos elementos forman parte del “contenido esencial” (*Wesengehalt*) del derecho de propiedad (art. 53.1 CE)²². La idea de la existencia en cada derecho fundamental de un núcleo intangible y resistente a la restricción excesiva o vaciamiento (*aushöhlen*) del contenido normativo de estos derechos por su desarrollo, que lo convertirían en algo puramente formal, se remonta a la teoría general de los derechos fundamentales desarrollada en Alemania. La noción del “contenido esencial” tiene dos aspectos: a) uno negativo, de prohibición o limitación al legislador ordinario (en este sentido, se trataría de un límite a la libertad de configuración del legislador en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales, un “límite de los límites” –*Schrankenschränken*-); y b) otro positivo, de afirmación de una sustancia del derecho fundamental inmediatamente constitucional en cuanto expresión objetiva del valor asignado a los derechos fundamentales como elementos imprescindibles e insustituibles de todo el ordenamiento²³.

Una respuesta concreta y clara sobre si la utilidad individual y la función social forman, también, parte del “contenido esencial” del derecho de propiedad -y no solo del “contenido general”- no se infiere de la interpretación gramatical del texto constitucional. La orientación e interpretación jurisprudenciales de este precepto constitucional se sitúan, sin embargo, en un contexto de intensa relativización²⁴, consistiendo tal relativización en la incorporación del elemento social a la definición del “contenido esencial” del derecho. Para el Tribunal Constitucional, la utilidad individual no puede comprenderse sin ponerse en relación con la función social de la propiedad, ya que esta última es elemento estructural de la propia definición del “contenido esencial” del derecho de propiedad. En este sentido, la STC 37/1987 establece que “[l]a fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente

²² El contenido del derecho de la propiedad –aquí de la urbanística- es un contenido impregnado de valores ideológicos. En general, se han desarrollado dos concepciones muy diferentes con lo que respecta a este derecho. La primera es la absoluta/civilista. Responde a una teoría liberal caracterizada por concretar el derecho dominical como un derecho absoluto basado en la idea de la libertad. En este sentido pueden consultarse las contribuciones de AGUDO GONZÁLEZ, 2011, pp. 9-47; STERN, K., 1988, p. 275. STERN sostiene que la teoría absolutista con respecto al “contenido esencial” es un límite absoluto que hay que considerar con independencia de las colisiones en el caso concreto. Es un contenido resistente a las intervenciones y no relativizable. La segunda visión es la social/relativa, producto de los elementos jurídicos que ha ido añadiendo la legislación especial a este derecho y sus transformaciones jurisprudenciales. Por todos, BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 31 y 80; MUÑOZ GUIJOSA, 2009, pp. 123 y ss.

²³ PAREJO ALFONSO, 1981, p. 170.

²⁴ AGUDO GONZÁLEZ, 2011, p. 12.

la necesaria referencia a la función social (FJ 2)”²⁵.

Si se acepta la incorporación de la función social al “contenido esencial” del derecho, esto supondría la máxima relativización de la garantía prevista en el art. 53.1 CE y la superación de cualquier “residuo” de las tesis absolutas del “contenido esencial” de los derechos fundamentales. También es cierto que a diferencia de lo que ocurre con otros derechos constitucionales, la propiedad representa, en este marco, un caso especial. Pues no toda intervención que afecte al “contenido esencial” del derecho resulta ser inconstitucional. Solo lo es si esa actuación no tiene en cuenta las exigencias del art. 33.3 CE. La limitación del “contenido esencial” se compensa con una ampliación del concepto de expropiación. Un concepto determinado de propiedad arrastra un concreto concepto de expropiación y cada concepto de expropiación tiene detrás uno distinto de propiedad²⁶. La expropiación no solo integraría la “[p]rivación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordados imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública, sino también cualquier privación del “contenido esencial” del derecho”²⁷. Se puede afirmar que en cuanto más espacio se conceda al art. 33.2 CE permitiendo la modulación del “contenido general” por el poder público al amparo de su vinculación singular, menos supuestos deberán reconducirse al art. 33.3 CE, por considerarse expropiatorios²⁸. La garantía de propiedad operaría, por consiguiente, “escalonadamente a un doble nivel”, en razón de la mayor intensidad de la incidencia o penetración de los intereses sociales y públicos en ella. La doble y sucesiva eficacia de la garantía dominical (estabilidad y valor) presenta una gran complejidad a la hora de enjuiciar la afección pública de la propiedad privada, ya que ésta puede ser: “a) legítima y eficaz sin indemnización (cuando tiene lugar en el marco de la lícita función social); b) legítima y eficaz pero con indemnización (que se produce cuando la prevalencia del interés público hace ceder la garantía primaria de estabilidad, actuando sobre la secundaria de valor; caso de la expropiación típica o del ataque equivalente a ésta); y c) ilegítima e ineficaz cuando no ocurren los presupuestos anteriores”²⁹.

En este punto el Derecho español se asemeja al Derecho alemán, donde también el art. 14 GG garantiza el derecho de propiedad y donde también su contenido y límites se determinan por las

²⁵ TEJEDOR BIELSA, 1998a, p. 25, afirma igual que la Sentencia mencionada que los dos elementos forman parte del “contenido esencial” del derecho. PRIETO SANCHÍS, 1990, p. 142, califica la doctrina del Tribunal como formalmente híbrida y sostiene la orientación del Tribunal con matices que dan preponderancia a las tesis relativas de la garantía del contenido esencial.

²⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008, p. 159.

²⁷ AGUDO GONZÁLEZ, 2011, p. 18, y BAÑO LEÓN, 2008, pp. 1782 y ss. consideran que en el caso de la propiedad es posible que se dé la paradoja de que “contenido esencial” y garantía expropiatoria sean intercambiables y coincidan.

²⁸ Esta idea puede encontrarse, en líneas generales, en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008, p. 159.

²⁹ PAREJO ALFONSO en REY MARTÍNEZ, 1994, p. 342.

leyes, debiendo el uso del derecho servir el interés general³⁰. Los dos Derechos se alejan del estadounidense, puesto que la Constitución Federal de los EE.UU. no contiene ninguna cláusula relativa a la función social de la propiedad, fruto de su contexto histórico y político original. Sin embargo, el estatuto de la propiedad urbanística ha sufrido una evolución importante desde el surgimiento del Estado del bienestar (*welfare state*) también en este país. La transformación ha relativizado la concepción absolutista/liberal que dominaba allí. Es más, la posibilidad de que un propietario se sujete a un sacrificio patrimonial privado en aras del interés público se ha admitido como ejercicio de poder de la Administración (*police power*). En este sentido, también en EE.UU., la propiedad puede perfectamente ser objeto de *taking o condemnation* (expropiación forzosa) cuando la Administración ejerce su *eminent domain* (dominio eminente) –Quinta Enmienda de la Constitución federal aplicada a los Estados a través de la Decimocuarta-. El problema reside más en definir en cada caso concreto qué se considera *public use*³¹ para que el propietario pueda ser expropiado a cambio de una indemnización justa. El poder que los Tribunales, no obstante, tienen para enjuiciar el concepto del *public use* es muy restrictivo³². Lo anterior, sin embargo, muestra que la cuestión problemática sobre la línea separadora entre *taking* y limitación o regulación del derecho de propiedad por su “función social” está también muy presente en este ordenamiento jurídico. Y, en líneas generales, allí también se reconoce la licitud de las limitaciones administrativas por el planeamiento de la propiedad del suelo³³.

En todo caso y fuera de cualquier debate sobre los elementos formadores del “contenido esencial” del derecho, el art. 33 CE proporciona una nueva concepción dominical sintetizando elementos provenientes de las dos concepciones anteriores –la individualista y la socializante-³⁴. En esta dirección, se acepte la teoría absoluta o relativa del “contenido esencial” o no, lo cierto es que la utilidad individual tiene que protegerse siempre –con indemnización/compensación o directamente evitando toda vulneración del “contenido esencial” del derecho-. Una afectación del “contenido esencial” en su vertiente subjetiva debe, así, enjuiciarse como materialmente expropiatoria y la medida filoclimática estipulada en la ley o el planeamiento en su caso como inconstitucional por cargar el derecho contra las garantías expropiatorias del art. 33.3 CE. Lo único que, posiblemente, cambie, si se apoya en una u otra teoría, sea el *espacio que el legislador tenga para configurar el derecho acorde con su función social* hasta que llegue a considerarse que “el contenido esencial” del derecho en su vertiente subjetiva se ha visto violado. Y, a la vez, una norma que no tenga en cuenta en absoluto la vertiente social/objetiva del derecho también

³⁰ PIEROTH/SCHLINK, 1999, p. 221. Sobre el derecho de propiedad en el Derecho urbanístico alemán: PAREJO ALFONSO, 1978, pp. 245 y ss; pp. 541 y ss; pp. 33 y ss; 2013a, pp. 13 y ss; 2013b, pp.13 y ss.

³¹ *Berman v. Parker*, 348 US 26 (1954); *Hawai Housing Authority v. Midkiff*, 467 US 229 (1984). La jurisprudencia norteamericana suele respetar la determinación legislativa o administrativa de lo que se considera “uso público” en cada caso. Sobre este aspecto, LORA-TAMAYO VALLVÉ, 2013, pp. 229 y ss.

³² *US v. Gettysburg Electric*, 160 US 668, 1896.

³³ *Charles River v. Warren Bridge*, 36 US 420, 1837.

³⁴ MARTÍNEZ REY, 1994, p. 120.

podría llegar a considerarse inconstitucional. La *propiedad filoclimática* debe partir, así, de un *concepto dominical amplio y abierto a su configuración socio-ambiental*. Esto significa que el legislador debe tener amplia libertad a la hora de conceder espacio a la función social del derecho. En este sentido, el espacio normativo que tendrá el legislador para configurar la función socio-climática de la propiedad se determina por la respuesta a la siguiente pregunta: ¿Hasta qué punto puede *ceder el aprovechamiento individual* derivado de la vertiente subjetiva del derecho de propiedad para satisfacer las necesidades socio-filoclimáticas sin que se anule la utilidad pura para quien es propietario?

b) Definición conceptual del “contenido esencial” del derecho de propiedad y consecuencias de su vulneración

El concepto del “contenido esencial” es sumamente evanescente e indeterminado. Hasta hoy se viene entendiendo, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia -en un contexto de intensa relativización como se ha adelantado- que su definición, igual que en cualquier tipo de derecho subjetivo, viene marcada en cada caso por un elenco de “[f]acultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose” (STC 11/1981, FJ 10)³⁵. Las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho de propiedad urbanística sea *reconocible* han sido tradicionalmente el uso, la disposición y el goce sobre el bien objeto del dominio (STC 37/1987, FJ 4)³⁶. Aparte de este trinomio clásico (*ius utendi, ius fruendi y ius disponendi*), el Tribunal no ha identificado en abstracto más facultades inherentes al derecho de propiedad. De hecho, de sumo interés ha resultado siempre la pregunta de si el *ius aedificandi* forma también parte de ese “contenido esencial” del derecho. Una respuesta positiva, sin matices, resultaría al menos en el ordenamiento jurídico español excesiva y nunca ha sido, sin más, defendida por el Tribunal Constitucional. La razón reside en que la garantía constitucional de la vertiente individual del dominio no comprende concretas modalidades de goce o disposición. Estas facultades pueden ser, según la doctrina, las que se desprenden de la naturaleza del suelo de que se trate y son determinantes de una rentabilidad para su propietario³⁷. Es más, al admitir en Derecho español que es el planeamiento urbanístico el instrumento que reparte los beneficios y cargas entre los propietarios inmobiliarios, clasificando y calificando el suelo, se intuye que el *ius aedificandi* no constituye, en principio, parte del “contenido esencial” de la propiedad urbanística³⁸. Sobre esta cuestión se volverá más adelante para extraer consecuencias en relación con la virtualidad que la

³⁵ En este punto, DOMÉNECH PASCUAL, 2012b, pp. 10 y ss., en la línea también de PRIETO SANCHÍS, 1990, p. 144, se manifiesta bastante crítico con el Tribunal Constitucional. Un comentario extenso sobre la misma Sentencia se puede encontrar por PAREJO ALFONSO, 1981, pp. 169-190.

³⁶ La Constitución solamente reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas (SSTC 37/1987, FJ 2 y 89/1994, FJ 4).

³⁷ TEJEDOR BIELSA, 1998a, p. 25.

³⁸ GALLEGO ANABITARTE, 2006, p. 140.

incorporación o no de esta facultad al contenido esencial pueda tener para la configuración filoclimática del derecho de propiedad (§ 94 y ss.).

El Tribunal Constitucional en su STC 11/1981 acude a criterios metajurídicos y extraconstitucionales para determinar el concepto del “contenido esencial” (FJ 8). En efecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada ha tratado de superar el obstáculo de la determinación conceptual del “contenido esencial” a través de dos caminos. El primero es: “[t]ratar de acudir a lo que se suele llamar la *naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho*. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una *recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta*. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo”. La segunda vía indicada por el Tribunal para definir el “contenido esencial” consiste en “[t]ratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los *intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos*. Se puede entonces hablar de una *esencialidad del contenido* del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

El “contenido esencial” del derecho de propiedad sobre el suelo en su vertiente individual se reduce, al menos *prima facie*, a las facultades de uso, goce y disposición del objeto del derecho. Cada una de estas facultades se ejerce, por supuesto, conforme a las *características naturales del tipo de suelo objeto del dominio* (por ejemplo, en suelo rural serán posiblemente admisibles el uso cinegético o agrícola). Ahora bien, dependiendo de la tesis –absoluta o relativa– que se asuma con respecto al “contenido esencial” del derecho –si se integra solamente la vertiente subjetiva o también la objetiva institucional– serán parcialmente distintas las consecuencias jurídicas que se desplieguen. El art. 53.1 CE obliga al legislador –y, *a fortiori*, a la Administración– a respetar, en todo caso, el “contenido esencial” de los derechos que enuncia. Si se parte de la base de que el “contenido esencial” se identifica estrictamente con la vertiente subjetiva del derecho, entonces la regulación que vulnere cualquier rentabilidad individual será inconstitucional por quebrantar los arts. 33.3 y 53.1 CE. Se evita el reproche de inconstitucionalidad si la misma regulación legal –por su cuenta (por ejemplo: art. 48 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana [BOE nº 261 de 31.10.2015] [en adelante, TRLS 2015] o por remisión a las leyes generales de expropiación forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa [BOE nº 351 de 17.12.1954] o responsabilidad (arts. 32 y ss. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público [BOE nº 236

de 2.10.2015])- prevé supuestos indemnizatorios por considerar la anulación de la utilidad individual constituyente de una expropiación o digna de resarcimiento o compensación. En estos casos, la previsión indemnizatoria en la ley configuradora del derecho de propiedad –también desde su perspectiva filoclimática- evitaría la inconstitucionalidad de la regulación potencialmente vulneradora del “contenido esencial”. Ahora bien, en los supuestos en que tal indemnización no fuera posible por falta de remisión o previsión legal, la vulneración constitucional del art. 53.1 CE resultaría evidente.

De lo anterior, se desprende que al “contenido general” de la propiedad se le podrá poner límites y modular según los intereses sociales/ambientales presentes en cada momento histórico. Pero no se podrá delimitar o configurar hasta tal nivel que se cargue desproporcionadamente su propia esencia o se desnaturalice atentando contra su “contenido esencial”. Su virtualidad se evidencia en la imposibilidad de que la regulación legal alcance tal intensidad que: a) vacíe el derecho de cualquier contenido revelador del tipo de derecho, como sería la pérdida absoluta de utilidad económica o de la garantía de una rentabilidad mínima de su propiedad –atentado contra el “contenido esencial” en su vertiente subjetiva-; o b) suponga una carga desproporcionada para el propietario que no se vea compensada³⁹(violación del principio de proporcionalidad en la configuración del “contenido general” del derecho).

c) La función social como función filoclimática de la propiedad y el “contenido esencial” como límite absoluto a la configuración filoclimática del derecho por el legislador

La evolución del derecho de propiedad, marcada por los avances colectivos en muchas materias –incluida la ambiental-, obliga a considerar la posibilidad de configurar este derecho en función de los nuevos contextos e intereses sociales. En la práctica, la definición exacta del concepto/institución de propiedad, del espacio de su “función social” como vertiente objetiva/institucional del derecho, así como de su vertiente subjetiva/individual es una tarea extremadamente difícil. Esto es, si bien todo derecho de propiedad ha de servir al interés social, la forma de identificación de lo que se considera interés social pasa por una lectura sistemática del contexto normativo relevante en cada momento histórico. Solamente a través de una lectura integrada de los principios estructurales del ordenamiento español (la cláusula del Estado social (art. 1.1 CE), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE) y los principios de legalidad, igualdad, seguridad etc. (art. 9.3 CE)), así como otros derechos y principios de la Constitución económica que modulan necesariamente el modelo de propiedad (sistema tributario “justo” (art. 31 CE), libertad de empresa (art. 38 CE), distribución equitativa de la renta (art. 40 CE), derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE), defensa y promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46 CE), derecho a la vivienda (art. 47 CE)) pueden extraerse los *intereses que la función social debe defender*. Todos estos *finés dotan de contenido a la función social* de la propiedad como parte integrante del derecho a la propiedad privada. Así lo ha puesto de relieve también la STC 37/1987, sosteniendo que los intereses generales imponen una delimitación específica al contenido de la propiedad y permiten establecer limitaciones y deberes inherentes a la función social (FJ 9). La justificación de la imposición de límites al derecho

³⁹ BAÑO LEÓN, 2009, p. 334.

de propiedad debe, en todo caso, garantizar: a) el “contenido esencial” en su vertiente subjetiva del derecho como límite absoluto a la conformación filoclimática legal; y b) el respeto primordialmente de los principios de igualdad y proporcionalidad.

Pues bien, centrando la cuestión en la conexión entre el derecho de propiedad y su configuración filoclimática, el hilo argumental debe empezar por la contemplación de la posición del *derecho a un medio ambiente* adecuado en la norma fundamental del ordenamiento español (art. 45 CE). La estipulación constitucional de la protección medioambiental como principio rector de la vida social y política lleva inexorablemente a su identificación como *interés social*. La protección frente al cambio climático es, por su parte, requisito y objetivo para la consecución de un medio ambiente adecuado y, de ahí, interés colectivo. El elemento conector entre la *protección climática* y el derecho a la propiedad privada es que la primera, como interés social, *forma potencialmente parte de la función social* del segundo y, por tanto, parte del “contenido general y esencial” del derecho. Lo anterior conduce a una potencial configuración filoclimática del derecho de propiedad del suelo a través de la imposición de cargas filoclimáticas a los propietarios por el planeamiento urbanístico. En otras palabras, la nueva demografía y ecología proporcionan a la comprensión de la propiedad urbanística una nueva definición que pasa por su función ambiental⁴⁰ (infra pág. 22 y ss.).

Ahora bien, *la configuración filoclimática del derecho de propiedad debe hacer compatible la utilidad individual con el interés social*. Si no lo consigue, la línea entre limitación admisible y no indemnizable del derecho de propiedad por razones filoclimáticas y la infracción de la vertiente individual del “contenido esencial” se ve trasvasada. La limitación filoclimática se convierte en ablación y desnaturalización del derecho. Para mantener la constitucionalidad de una norma que atente contra “el contenido esencial” del derecho de propiedad en su vertiente subjetiva, la intervención en el derecho de propiedad debería tratarse formal y sustancialmente como una expropiación (art. 33.3 CE).

2.4. Reserva de ley flexibilizada/relativa en materia de propiedad y espacio configurador filoclimático del planeamiento

Como es sabido, el art. 33.2 CE exige que la configuración del derecho de propiedad sea “de acuerdo con las leyes”. Se viene entendiendo de forma pacífica que esta fórmula constitucional incluye tanto normas con fuerza de ley como normas infralegales –en especial, de rango reglamentario– que complementen el contenido de la regulación legal⁴¹. Entre estas normas infralegales que configuran el “contenido general” de la propiedad se incluyen los planes – y, en concreto, sus normas urbanísticas– y las ordenanzas de urbanización o edificación cuya elaboración compete, en principio, al poder normativo local. El planeamiento ha ido ganando

⁴⁰ KERSTEN, 2008, pp. 38 y ss.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO ALFONSO, p. 8 disponible en <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/25/28-12.pdf> (última entrada, el 1 de febrero de 2017). Véase también PAREJO ALFONSO, 1982, p. 34 y BAÑO LEÓN, 2009, pp. 116 y ss.

terreno en la regulación del urbanismo en detrimento de la figura normativa de la ordenanza ordinaria. Es más se propone el carácter residual de la última a la hora de hacer urbanismo⁴². La ordenanza local podría seguir siendo, sin embargo, un instrumento idóneo para introducir criterios filoclimáticos a las edificaciones existentes en suelo urbano convirtiéndolos en eficientes energéticamente. El plan urbanístico, también, puede incorporar estos criterios a través de una nueva asignación de usos al suelo urbano. No obstante, su idoneidad como instrumento filoclimático es más intensa en el suelo urbanizable. En todo caso, la colaboración y complementariedad de estos dos instrumentos resulta necesaria para garantizar la correcta articulación de las técnicas urbanísticas y edificatorias filoclimáticas. Habiendo hecho esta distinción clarificadora, el objetivo en este punto es ver cómo estos dos instrumentos normativos de rango infralegal cumplen con el principio de reserva ley en materia de propiedad (arts. 33 y 53.1 CE).

El espacio de configuración normativa de estos instrumentos y, principalmente del plan urbanístico, en el ámbito de la propiedad es mayor que en el campo de otros derechos fundamentales donde rige también la reserva de ley. La explicación de este amplio margen ordenador puede ser de naturaleza doble. Por un lado, puede deberse a la vinculación lejana que se le atribuye al plan con respecto a la reserva de ley sobre propiedad⁴³. Por otro lado, la razón se encuentra en el carácter compuesto del derecho de propiedad –utilidad individual y función social-. Este carácter hace que la remisión legal a la potestad reglamentaria de la Administración, para la concreción de uno de sus elementos –la función social de cada porción de suelo-, resulte más natural que en otros derechos fundamentales⁴⁴. En este sentido, en la STC 37/1987 (FJ 3), a raíz de la reforma agraria andaluza, se sostuvo que la institución de la reserva de ley que se aplica en relación con el art. 33 CE se ve necesariamente flexibilizada en el ámbito urbanístico. Esto viene impuesto por el mandato intrínseco de concreción *ad casum* de la función social que debe cumplir cada propiedad. Así lo ha considerado también la doctrina que aboga por la imposibilidad de que sea la ley la que determine el alcance concreto de las intervenciones públicas sobre la propiedad urbanística⁴⁵. Resulta poco operativo, aunque no sea imposible, establecer en la ley la regulación esencial urbanística de cada trozo territorial⁴⁶. Acudir a un método cuasi-casuístico para determinar el régimen jurídico urbanístico y la función social de cada situación patrimonial excede del carácter tendencialmente abstracto y general de la ley.

⁴² VELASCO CABALLERO, 2009, p. 330; SANCHEZ GOYANES, 2000, p. 309.

⁴³ VELASCO CABALLERO, 2009, p. 330.

⁴⁴ Como pone de relieve ORTEGA BERNARDO, 2013, p. 264, en el supuesto del derecho de propiedad la exigencia jurídico-constitucional de que la intervención normativa local esté sometida, como en los demás casos que se afecta a derechos y libertades fundamentales, a la reserva de ley (art. 53.1 CE), está atemperado por la flexibilización que de tal reserva se predica en estos ámbitos (por todas, la STC 37/1987, FJ 3) en comparación con los espacios que pueden corresponder a los reglamentos en la regulación de otros derechos fundamentales.

⁴⁵ BAÑO LEÓN, 1991, pp. 107 y ss. y 138 y ss.

⁴⁶ BAÑO LEÓN, 2009, p. 116.

Buena prueba histórica de lo anterior es la importancia que ha tenido el planeamiento urbanístico, siendo una norma de rango infralegal, como expresión normativa por excelencia del poder local e instrumento materializador de las ponderaciones entre la utilidad social e individual.

La planificación se manifiesta así como instrumento formal de expresión de un modo de actuación propio del Estado social (art. 1.1 CE). Es una forma idónea de expresión de la voluntad política en orden a actuaciones coyunturales o sencillamente adaptadas a las circunstancias específicas, complejas y variables que una misma problemática puede presentar tanto en el tiempo como en el espacio⁴⁷.

Ahora bien, el espacio normativo de la Administración en relación con el derecho de propiedad y su configuración filoclimática no es ilimitado. Si bien es verdad que el Tribunal Constitucional afirma que cualquier delimitación patrimonial debe regularse por ley, también concede esta posibilidad al poder normativo de la Administración, bajo ciertos límites. Esta habilitación reglamentaria no se puede considerar, ni mucho menos, un cheque en blanco a la Administración. La relativización de la reserva de ley en materia de propiedad prohíbe toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes⁴⁸ o *extra legem*. No obstante, esto es una cosa y otra muy distinta la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar, concretar y enriquecer la regulación legal. En este sentido las leyes deben, en todo caso, contener un mínimo de densidad en la regulación material y de procedimiento.

Esta conclusión es comparable a la que resulta del Derecho alemán, para el que la reserva de ley se interpreta de forma similar a la española en el ámbito urbanístico⁴⁹. En EEUU, lo más parecido a la flexibilización de la reserva de ley en el ámbito urbanístico sería la primera cláusula de "*due process*" incluida en la Quinta Enmienda -trasladable a los Estados mediante la Decimocuarta-. Esta cláusula obliga a que la delimitación del contenido urbanístico y económico de la propiedad se haga a través de normas. Aunque la relativización de este mandato no haya ocurrido de forma tan expresa, como en España y Alemania, es cierto que la jurisprudencia y doctrina estadounidenses admiten que sean los planes urbanísticos los que configuren la propiedad a través de la técnica de la asignación de usos⁵⁰.

⁴⁷ PAREJO ALFONSO, 1982, p. 31.

⁴⁸ Crítico con esta doctrina jurisprudencial que afirma que lo único vedado en esta materia es el reglamento independiente y no pone, en principio, ningún requisito material mínimo al contenido que haya de incluir la ley es JIMÉNEZ CAMPO, 1999, pp. 66 y ss.

⁴⁹ BURGI, 2010, pp. 197 y ss.; MAUER, 2011, pp. 117 y ss.

⁵⁰ *Euclid v. Amber Realty Co.*, 272 US 365, 1926. Véase NOLON Y SALKIN, 2006, pp. 131 y ss.; JUERGENSMEYER Y ROBERTS, 2005, pp. 454 y ss.

No es por tanto una hipótesis sostener que, en el ámbito urbanístico, la ley necesita, más que en otros espacios reguladores, la colaboración del poder normativo de la Administración para dotar de sustancia el derecho de propiedad urbanística. Al fin y al cabo, la especificidad de los instrumentos normativos administrativos, como los planes y las ordenanzas urbanísticas, resulta idónea para modular el contenido de la propiedad privada en virtud de su función social. Asimismo contribuyen a la contextualización de la propiedad en un entorno de convivencia social, siempre dentro del marco legal vigente.

Vista la general aceptación del planeamiento como posible forma normativa de configuración del derecho de propiedad “de acuerdo con la ley”, a continuación hay que considerar en qué medida las leyes urbanísticas y de suelo contienen, en la actualidad, una previsión de configuración dominical a través del planeamiento urbanístico.

El TRLS 2015 prevé que el planeamiento urbanístico cumpla una función configuradora del derecho de propiedad del suelo. De una lectura conjunta de los arts. 11 y 12 TRLS 2015 se extraen dos conclusiones. La primera es que el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es, como se ha adelantado, estatutario (art. 11.1 TRLS 2015). La segunda es que el régimen patrimonial de un terreno depende de la asignación concreta de un uso a esa porción del suelo por el planeamiento urbanístico, territorial o ambiental. Esto significa que la configuración del alcance del derecho de propiedad y la determinación de los derechos y deberes del titular del un terreno específico dependen de la vinculación de éste último a destinos concretos que se deciden por el planeamiento. Una vez determinado el uso de un terreno atribuido por el plan pertinente, el régimen patrimonial de ese espacio es más fácil de deducir. En este sentido, el art. 12.1 TRLS 2015 establece que “[e]l derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento (...)”. La clasificación y el destino que tenga el suelo en cada momento (calificación) son resultados de una multitud de decisiones adoptadas por el planeamiento urbanístico, territorial o ambiental. Y el régimen patrimonial de cada porción del suelo es análogo al uso asignado por el planeamiento y a las condiciones que éste imponga.

Sentada esta previsión legal básica, las leyes urbanísticas autonómicas también conocen estas remisiones o autorizaciones configuradoras al planeamiento. Especialmente precisa es la Ley 9/2001, de 2 de julio, de la suelo de la Comunidad Autónoma de Madrid (BOE nº 245 de 12.10.2001) (en adelante, LSCAM). En su art. 9 apartados 1 y 2 se establece que “1. [L]a función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio. Los derechos y los deberes de la propiedad del suelo resultan de su *clasificación* y, en su caso, *calificación urbanística*. 2. La clasificación urbanística, la categoría de suelo y la calificación urbanística vinculan los terrenos, las construcciones y las edificaciones a los correspondientes destinos y usos y definen la función social de los mismos, completando la delimitación del contenido del derecho de propiedad”. El Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña (BOE nº 218 de 8.09.2010) (en adelante, TRLUC 2010) también dispone en su art. 5.1 que “En el marco de la legislación aplicable en materia de suelo, el ejercicio de las facultades

urbanísticas del derecho de propiedad se tiene que sujetar al principio de la función social de este derecho, dentro de los *límites impuestos por la legislación y el planeamiento urbanísticos* y cumpliendo los deberes fijados por éstos”.

Además de las referencias al Derecho positivo, la jurisprudencia viene siendo especialmente flexible con la posibilidad de que las normas infralegales –incluso no previstas expresamente en las leyes– afecten a los derechos de propiedad. La jurisprudencia urbanística ha cifrado la protección de la propiedad, más que en la garantía formal –la exigencia de ley– en el contenido del derecho de propiedad. Así, la STC 164/2001 pone de relieve que “[l]a Ley, en el marco constitucional que establecen los arts. 33 y 47 CE, ha optado por vincular estrechamente la propiedad urbana a la ordenación urbanística de la ciudad. De manera que el contenido y disfrute de la propiedad urbana depende de las diversas opciones de política urbanística que se adopten en cada ciudad: clasificación del suelo; asignación de usos y sus magnitudes; localización de las dotaciones públicas, entre otras. Esa vinculación de la propiedad urbana a la ordenación de la ciudad lleva a que la [Ley] considere inherente a su propia regulación la existencia de planeamiento urbanístico; esto es, de aquel instrumento de ordenación que determine el haz de facultades urbanísticas sobre cada terreno y haga compatible el disfrute de las facultades urbanizadoras y edificatorias con la estructura y singularidades de cada ciudad” (FJ 6a). La función social del derecho de la propiedad habilita la Administración, por lo tanto, en virtud de la consecución del interés público, a regular los usos del suelo mediante su actividad planificadora⁵¹.

El establecimiento de un destino específico al suelo o la imposición de otros tipos de límites o limitaciones administrativas (estándares urbanísticos) no genera, en principio, un derecho a indemnización para los particulares (art. 4.1 TRLS 2015, 10.1 LSCAM)⁵². De la garantía del art. 33.1 CE se desprende, sin embargo, un mandato objetivo a los legisladores –estatal y autonómicos– a establecer formas de compensación –normalmente técnicas equidistributivas– a los propietarios de las fincas para los que el plan no prevé ningún uso lucrativo (a modo de ejemplo: dotaciones públicas filoclimáticas). Ahora bien, en los supuestos de privaciones, expropiaciones (33.3 CE) o vinculaciones de carácter singular (STC 149/1991, FJ 3), los propietarios del suelo sí tienen derecho a ser indemnizados. Esta indemnización, por sacrificio individual, se regula en el art. 48 b) TRLS 2015. En el caso de que una ordenación filoclimática impuesta por el plan que conduzca a una privación singular según éste criterio, los propietarios deben ser indemnizados.

La vinculación del derecho de propiedad urbanística al planeamiento no es, sin embargo, absoluta⁵³. De lo que se trata es, en última instancia, de que el propietario de suelo afectado por

⁵¹ STS de 6.6.1990 (RJ 1990/4806), (FJ 2).

⁵² BAÑO LEON, 2008, p. 87.

⁵³ BAÑO LEÓN, 2009, p. 336.

una asignación de usos –en su caso, filoclimáticos- obtenga una compensación o aprovechamiento individual suficiente y, así no se franquee el límite del “contenido esencial” del derecho en su vertiente individual. En suma, *el derecho constitucional a la propiedad es un derecho configurable por el plan en el marco de la ley*⁵⁴. El plan es, por lo tanto, un instrumento directamente configurador del derecho de propiedad que intenta compatibilizar el disfrute individual del mismo con su función colectiva en el marco de una sociedad organizada. Con unos u otros matices, la idea es la misma: el régimen jurídico del suelo resulta primariamente de las decisiones clasificatorias y calificadoras del plan. Estas deben, en todo caso, moverse en los márgenes generalmente amplios de la ley (criterios para la clasificación del suelo, estándares mínimos). Secundariamente, la forma en la que se desarrollará la propiedad está sujeta a condiciones de gran relevancia, como la edificabilidad, alturas y volúmenes de los edificios, formas de las parcelas edificables, etc. Es el plan el que especifica si se puede o no edificar, dónde y cómo, el porcentaje del terreno que se ocupará, el volumen, la forma, el uso etc.⁵⁵.

A partir de lo dicho se puede considerar en qué medida el planificador urbanístico está autorizado para incluir determinaciones filoclimáticas en la fijación de los usos del suelo. En este sentido, puede sostenerse que la amplitud de la autorización legal, tanto en la legislación estatal como en la autonómica, comprende –en principio- cualquier determinación filoclimática sobre los usos (residencial o terciario filoclimático). Las leyes urbanísticas o sectoriales (Costas, Carreteras etc.) no suelen limitar al planificador, estableciendo determinados usos a asignar. La lista de usos es *numerus apertus*. Depende del planificador la forma que elegirá para compatibilizar distintos principios (medioambientales, sociales etc.) en la invención de un uso a la hora de ordenar la ciudad⁵⁶. Además el desarrollo sostenible, la protección medioambiental y el uso racional de los recursos naturales son objetivos que han recogido muchas leyes urbanísticas o de suelo en sus textos. Por ejemplo, el art. 1 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana (BOE nº 231 de 23.09.2014) (en adelante, LUV) dispone que tiene “por objeto la regulación de la ordenación del territorio valenciano, de la actividad urbanística y de la utilización del suelo para su aprovechamiento racional de acuerdo con su función social, así como la evaluación ambiental y territorial estratégica de planes y programas”. En el mismo sentido, el art. 1.b) del TRLS 2015 b) establece que la Ley regula para todo el territorio español “[u]n desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. Asimismo en el art. 3 de la misma Ley se deja muy claro que “[l]as políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible”.

⁵⁴ VELASCO CABALLERO, 2016, p. 84.

⁵⁵ Véase MUÑOZ MACHADO, 2010.

⁵⁶ FERNÁNDEZ CARBALLAL, 2002, p. 156.

Las anteriores cláusulas, contenidas tanto en la legislación estatal del suelo como de forma general en las leyes autonómicas urbanísticas, sirven de fundamento para que *a posteriori* el planeamiento urbanístico pueda concretizar los objetivos generales de desarrollo sostenible de las ciudades a través de la concreta regulación de los usos en las mismas. El planificador urbanístico puede proceder a la ordenación de la ciudad y la definición *ad casum* del estatuto de la propiedad inmobiliaria conforme a *dos métodos*. Por un lado, y sin que tenga que acudir de forma directa a una asignación de usos filoclimáticos al suelo, puede delimitar (zonificar) un ámbito de suelo urbanizable en el que incluirá una *edificabilidad residencial alta combinada con dotaciones urbanísticas elevadas*. También es aceptable que un plan establezca *reservas de suelo* para espacios libres y verdes o para la localización de centros de sensibilización ambiental e infraestructuras de residuos destinados a su valorización y reciclaje. El plan también puede fijar usos que permitan el emplazamiento de redes/sistemas de transporte colectivo filoclimático como carriles bici. Asimismo el planificador puede *limitar el crecimiento urbano* para que haya una analogía practicable entre la población y los servicios ofrecidos en cada área. Todas estas decisiones derivan de un planteamiento político finalista de generar nuevas áreas urbanas potenciando la reserva de áreas para lograr la protección filoclimática. Hasta aquí el plan no va realizar, realmente, algo distinto de lo que estaba promoviendo hasta ahora. Simplemente, utilizará la combinación de distintas técnicas y de varios estándares urbanísticos para evitar la dispersión de la ciudad y acentuar su funcionalidad en términos de ahorro energético. Por otro lado, es posible una asignación directa de usos filoclimáticos al suelo que obliguen a la asunción de cargas urbanísticas específicas, en este sentido, por los propietarios. En este sentido, el plan puede *asignar usos filoclimáticos al suelo* en la clase del suelo urbanizable; o *modificar/revisar el planeamiento urbanístico* en vigor para cometer esta tarea en suelo urbano. La dificultad que supone la modificación de usos en suelo urbano, por los derechos adquiridos de los propietarios en este tipo de suelo, puede ser atenuada con la colaboración de la ordenanza local en materia de edificación y eficiencia energética. Acudir al poder normativo de la ordenanza para imponer la obligación de incorporación de nuevas tecnologías y técnicas filoclimáticas, que tienen como objetivo el ahorro energético en esta clase de suelo, parece más acertado. Pues, no será el planeamiento urbanístico el que altere como opción primaria los usos establecidos, sino que debería ser la ordenanza como instrumento más ágil para este tipo de intervenciones la que impondrá la obligación de la reforma filoclimática.

2.5. La necesidad de aplicación de un test escalonado para enjuiciar la compatibilidad de las cargas urbanísticas filoclimáticas con el derecho de propiedad y los principios de igualdad y equidistribución

Una hipotética configuración lesiva de la propiedad constitucional (art. 33 CE) y/o del principio de igualdad material (arts. 9.2 y 14 CE) no se pueden valorar en abstracto, sino que hace falta concretar su afección en un caso específico. Teniendo en cuenta lo anterior, es objetivo del presente trabajo examinar cómo las cargas urbanísticas filoclimáticas (por ejemplo, edificación acorde a un modo de construcción específicamente sostenible) impuestas por el legislador o el planificador urbanístico a los propietarios pueden llegar a afectar a) en el *plano constitucional* – principalmente- al derecho de propiedad garantizado en el art. 33 CE y, complementariamente,

al principio de igualdad (arts. 9.2 y 14 CE); y b) en el *plano de legalidad* la articulación o aplicación del principio tradicional en el urbanismo español de equidistribución.

Empezando por el plano constitucional y las exigencias del art. 33 CE, al no ser el derecho a la propiedad privada un derecho protegido por el recurso de amparo constitucional -como los enunciados en los arts. 14 a 29 CE-, el Tribunal Constitucional sólo ha podido pronunciarse sobre él con ocasión de los procesos de constitucionalidad incoados contra leyes relativas a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (a modo de ejemplo, STC 149/1991, sobre la Ley de Costas⁵⁷ y STC 170/1989, sobre la Ley Madrileña de la Cuenca Alta de Manzanares) o al resolver conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ello no ha impedido, sin embargo, que el Tribunal haya tenido la oportunidad de establecer una doctrina consolidada sobre el art. 33 CE que servirá de base para la nueva concepción del derecho de propiedad que se propone en este trabajo.

Es cierto que el Tribunal Constitucional no ha sido todavía llamado a pronunciarse *ad hoc* sobre la configuración filoclimática del derecho de propiedad. Esto resulta evidente si se tiene en cuenta el carácter novedoso del objeto de estudio y la falta de su estricta positivización en las leyes o planes urbanísticos actuales. No obstante, los criterios entablados por la jurisprudencia y la doctrina en relación con el derecho de propiedad y, especialmente, con la distinción entre una expropiación y una delimitación admisible de la propiedad, son útiles para deducir la acomodación constitucional de la configuración filoclimática de la propiedad.

Como se ha adelantado en la introducción del presente trabajo el urbanismo filoclimático requiere para su materialización la imposición a los propietarios *en positivo de cargas filoclimáticas urbanísticas* (obligaciones de actuación de una determinada forma) o *en negativo de prohibiciones* (obligaciones de “no hacer” o abstenerse de una actividad potencialmente nociva para el medioambiente). También debe dejarse apuntado que *la incidencia del componente filoclimático en la propiedad es de intensidad variable*. Aumenta en la medida en la que se trata de propiedad ubicada en suelo no urbanizable, urbanizable o urbano. Dependiendo de los derechos adquiridos en cada uno de estos tipos de suelo y la progresiva adquisición de más facultades urbanísticas, resulta más problemático que la ley, el plan urbanístico o, en su caso, las ordenanzas locales impongan deberes, obligaciones o limitaciones que carguen contra la propiedad consolidada. Para enjuiciar la incidencia de cualquier intervención filoclimática -legal o planificadora- en el “contenido general” y el “contenido esencial” del derecho de propiedad se propone, así, *un test escalonado creado a partir de los parámetros constitucionales de control derivados del art. 33 CE*. El primer escalón de control constitucional de la propiedad consiste en examinar si la medida filoclimática sirve de forma efectiva al “interés general/social”. En el segundo escalón se enjuicia *la proporcionalidad*, siempre proyectada sobre casos concretos, de las cargas urbanísticas filoclimáticas impuestas a los propietarios -o sea que no existan medidas idóneas menos gravosas para la consecución del mismo fin filoclimático y a menor coste para el derecho que afectan-. En el tercer escalón, como último límite constitucional a la regulación filoclimática debe garantizarse que las *cargas urbanísticas no afecten al núcleo duro del derecho de propiedad* -al “contenido esencial” en su vertiente

⁵⁷ Sobre esta Sentencia: GARCÍA DE ENTERRÍA, 1996a, pp. 131 y ss.

subjetiva-. Una violación de alguno de estos parámetros de control hace innecesario el examen del siguiente parámetro en el orden establecido. La medida filoclimática resultará inconstitucional en el aspecto concreto, sin que haga falta determinar más motivos de inconstitucionalidad.

Más en concreto, como se ha dicho con anterioridad, trazar la línea divisoria entre una delimitación admisible del “contenido general” de la propiedad no indemnizable⁵⁸ y una expropiación material indemnizable, conforme al art. 33.3 CE o la institución de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, es excepcionalmente difícil. Todavía no está, ni siquiera, claro: a) si la delimitación reguladora del “contenido general” del derecho de propiedad y la vulneración del “contenido esencial” son *cuestiones cualitativamente distintas*; o b) si *la relación que las interconecta es de grado o de intensidad*. Esta cuestión recobra importancia a la hora de determinar a qué supuestos de hecho debe aplicarse qué parámetro de control (proporcionalidad o “contenido esencial”).

Si se admite que la relación entre delimitación del “contenido general” del derecho y “contenido esencial” son dos cuestiones cualitativamente distintas, parece lógico deducir que puede haber *delimitaciones del “contenido general” que se enjuicien como desproporcionadas e indemnizables pero que no lleguen a tocar el “contenido esencial” del derecho*. Esta categoría, que puede ser análoga a una de importación alemana (la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*), parece que se mueve en un espacio medio entre la expropiación forzosa (privación singular) y la delimitación (regulación general) no indemnizable de los derechos. Se trata de una delimitación de derechos necesitada de compensación. No llega a ser expropiatoria porque el derecho sigue siendo reconocible como tal, pero las cargas impuestas al derecho exceden de los márgenes de una delimitación admisible del mismo o, por lo menos, resultan desproporcionadas en un caso concreto. Y, por lo contrario, aún cuando una medida de intervención pública al derecho resulta proporcionada, es posible que ésta siga atentando contra el “contenido esencial” del derecho y, por lo tanto, resulte inconstitucional. En este sentido, la teoría del sacrificio especial para constatar una expropiación material del derecho de propiedad –muy extendida también en Alemania (*Sonderopfertheorie*)- ha encontrado importante apoyo en España. Según esta teoría, privar de un derecho supone un sacrificio especial no exigible por no existir previamente una obligación establecida (por eso no se trata de una expropiación). De otro lado, delimitar un derecho remite claramente a otro género de representaciones conceptuales, las de perfilar o eventualmente constreñir, pero nunca destruir el contenido de dicho derecho⁵⁹. Aunque la teoría del sacrificio especial y alguna de sus modulaciones –la teoría del acto concreto o singular (*Einzelakttheorie*)- parten de la premisa de que el principio que se quiebra es el de igualdad, también conllevan a la aceptación de que delimitación y privación/expropiación son dos acciones cualitativamente distintas y no de grado o intensidad.

⁵⁸ Como dice REY MARTÍNEZ, 1994, p. 347, la ley debe delimitar el contenido de la propiedad (por supuesto, el art. 33.2 CE no se refiere al “contenido esencial” ya que sería un contrasentido confiar al legislador tal configuración).

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ T.R., 2011, pp. 219 y ss. Véase también la STC 227/1988, FJ 7.

Esta idea de que la proporcionalidad/graduación en la delimitación del “contenido general” del derecho y el “contenido esencial” son dos cuestiones de cualidad diferenciada que protegen distintos elementos, se puede ver con mucha claridad en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en relación con la posibilidad de derribar un avión civil secuestrado, que pretende ser utilizado como arma en contra de vidas humanas⁶⁰. El Tribunal declaró inconstitucional el art. 14 de la Ley de aviación civil por falta de competencia legislativa de la Federación y, por lo que aquí interesa, violación del “contenido esencial” de los derechos fundamentales a la vida y dignidad humana (arts. 2.2 y 1.2 GG). En la Sentencia se pone de manifiesto que aun cuando el derecho fundamental a la vida puede ser delimitado por la ley, debe respetarse el “contenido esencial” del derecho. En este caso, a juicio del Tribunal, la regulación afectaba no sólo a los terroristas que planeaban usar el avión como un arma, sino también a personas inocentes. La Sentencia indica que el “contenido esencial” de los derechos fundamentales debe respetarse, aún en contra del interés social. La explicación es que aun cuando se aplique un auténtico juicio de proporcionalidad y la medida resulte proporcionada en aras de protección del “interés social, el “contenido esencial” del derecho fundamental sigue siendo algo infranqueable. Interpretando la Sentencia se puede extraer la siguiente conclusión: aunque una medida puede parecer totalmente proporcionada por la circunstancias del caso, el “contenido esencial” es una cuestión de distinta cualidad y, por lo tanto, en todo caso indisponible para el legislador. Ahora bien, si el juicio de proporcionalidad resultase negativo –o sea una medida sea desproporcionada–, no hace falta entrar a analizar la violación del “contenido esencial” porque la medida pública ya incurre en vicio de inconstitucionalidad.

En el segundo supuesto -de aceptación de la interconexión gradual de la delimitación y la expropiación-, el “contenido esencial” consiste siempre en todo lo que queda después de la aplicación del principio de proporcionalidad a un caso concreto para enjuiciar la posible afectación del derecho de propiedad. En otras palabras, si la relación entre delimitación reguladora del derecho de propiedad y expropiación es de grado, *una norma que alcanza cierto punto (goes too far) se convierte siempre en expropiación*. Esta es la interpretación que se ha realizado por una parte de la doctrina, también, en el Derecho estadounidense en relación con la distinción entre regulación/delimitación normalmente no indemnizable (*regulation*) y expropiación indemnizable (*taking*)⁶¹. En Alemania, la teoría de la gravedad de la lesión (*Schwerethorie*) identifica el factor de la expropiación en la gravedad de la medida pública⁶². En este caso la proporcionalidad se manifiesta no como un parámetro en sí mismo para enjuiciar la delimitación de la propiedad, sino como un parámetro que puede llegar a enjuiciar la afectación del “contenido esencial” de la propiedad.

En lo que se refiere a las intervenciones filoclimáticas en el derecho de propiedad, una propuesta para realizar la tarea de distinguir entre una delimitación no indemnizable del derecho de

⁶⁰ BVerfG-Beschluß de 15.1.2006, 1 BvR 357/05. Sobre esta Sentencia, DOMÉNECH PASCUAL, 2006, pp. 390 y ss.

⁶¹ Esta ha sido la tesis del juez Holmes en *Pennsylvania Coal V. Mahon Co.*, 260 US 393, 1922.

⁶² PAPIER, 1983, p. 140.

propiedad, una delimitación desproporcionada indemnizable, y una expropiación sería aplicar *dos criterios de carácter indicador*. El *primer criterio-indicador es de naturaleza cuantitativa* y consiste en utilizar una fórmula numérica para constatar: a) la desproporcionalidad de una medida filoclimática que, sin llegar a tocar “el contenido esencial” del derecho, debe ser compensada; o b) la afectación del “contenido esencial” del derecho que iguala la intervención filoclimática a una medida materialmente expropiatoria. El segundo criterio es de *naturaleza cualitativa*. Es el que ha ido aplicando la jurisprudencia española en los últimos 35 años para determinar la afectación del “contenido esencial” del derecho de propiedad por la intervención pública. Se trata de *la reconocibilidad* de la esencia del derecho a través de la garantía de una mínima rentabilidad económica del objeto de dominio para su propietario (*Privatnützigkeit*).

En este punto, debe dejarse apuntado que el derecho de propiedad presenta varias particularidades frente a los demás derechos constitucionales que hacen que el enjuiciamiento de su afectación conforme a un criterio cuantitativo sea más idóneo. La primera singularidad es que la violación del “contenido esencial” del derecho, cuando cumple con las garantías expropiatorias del 33.3 CE, no incurre en vicio de inconstitucionalidad como sucede en el caso de todos los demás derechos fundamentales. La segunda es que la garantía de valor del derecho de propiedad conduce a pensar que la aplicación de un criterio cuantitativo -para enjuiciar una posible carga desproporcionada impuesta a los propietarios o una expropiación material- es más adecuada que en otros derechos difícilmente cuantificables. Ahora bien, *el criterio cuantitativo solamente puede ser un indicador* para determinar la desproporcionalidad de una medida -filoclimática- o su carácter materialmente expropiatorio. Nunca entablará un criterio exclusivo o excluyente porque existen casos a los que habrá que aplicar simultánea o exclusivamente otros criterios para probar su constitucionalidad según los distintos supuestos de hecho (sacrificio especial, utilidad económica privada -*Privatnützigkeit*- y reconocibilidad del derecho).

Una vez probada, en el plano constitucional, la compatibilidad de la carga urbanística con el derecho de propiedad del art. 33 CE es importante garantizar que la decisión normativa que imponga cargas filoclimáticas de distinta intensidad a propietarios cuyos terrenos tengan características similares respete, también, las exigencias del principio constitucional de igualdad -material y formal- (arts. 9.2 y 14 CE). La igualdad constitucional sería en este caso un parámetro más de control de la constitucionalidad de la carga filoclimática impuesta por la norma aunque sin poder excluir en un test de índole parecida la tenencia en cuenta de otros parámetros constitucionales. La justificación de la inclusión de la igualdad en el presente examen en detrimento, por ejemplo, del principio de seguridad jurídica u otros parámetros constitucionales de control es la significativa incidencia de la igualdad en las decisiones urbanísticas filoclimáticas. Esta incidencia deriva del hecho de que la desigualdad -al menos formal e inicial- es un elemento ontológico o definitorio del instrumento del planeamiento urbanístico al que resulta imposible distribuir las cargas urbanísticas por igual a todos los propietarios que participen en una actuación urbanística.

Enlazando con lo anterior, -pero ya no como un examen de la carga urbanística que derive propiamente arts. 9.2, 14 y 33 CE- otro escalón adicional en el examen de la configuración

filoclimática del derecho de propiedad se centra en asegurar que las decisiones públicas –del legislador y del planificador urbanístico-, causantes de distintas situaciones patrimoniales, no quiebren el *principio de equidistribución* entre los propietarios de una zona de actuación urbanística. Esta idea de la “igualdad”, situada en el plano de la legalidad porque así la han configurado las leyes urbanísticas españolas, no parece ser una exigencia constitucional directamente extraída del art. 14 CE (y, menos, derivada del tratamiento constitucional de la propiedad del art. 33 CE). El principio de equidistribución es una reclamación legal derivada de la regulación infraconstitucional del urbanismo.

a) Parámetros constitucionales de control: el derecho de propiedad del art. 33 CE

(i) El primer escalón en el control de constitucionalidad de la configuración filoclimática de la propiedad: el “interés general”⁶³

El primer parámetro de control de cualquier intervención normativa –y, por extensión, filoclimática- en el derecho de propiedad es la consecución efectiva del interés general. De la lectura combinada y sistemática de los arts. 45, 47 y 128.1 CE se desprende que el suelo se considera como parte de la riqueza del país y su utilización, en sus distintas formas, está subordinada al interés general. Es deber y responsabilidad de todos los poderes públicos y ciudadanos utilizar los recursos naturales –entre los cuales se encuentra el suelo- de acuerdo con el interés general.

De lo que se trata aquí es de poner a prueba constitucional el planeamiento urbanístico como instrumento local que regula la ordenación filoclimática de la ciudad. El planeamiento canaliza, articula y sistematiza todas las decisiones en los distintos sectores de actividad pública donde puede haber medidas filoclimáticas (transporte, residuos, energía y ordenación urbanística). El plan “[s]e traza pensando, en primer término, en la ciudad y sus habitantes y no en los propietarios de los terrenos, dado que la utilización del suelo ha de regularse de acuerdo con el interés general (art. 47 CE)”⁶⁴. Siendo el planeamiento urbanístico una potestad originariamente discrecional, las entidades locales están obligadas a ejercitarla objetiva y motivadamente (art. 35 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [BOE nº 236 de 2.10.2015] [en adelante, LPAC])⁶⁵. Por lo tanto, cualquier regulación filoclimática de la propiedad en los límites de la discrecionalidad local debe estar motivada y someterse al elemento teleológico del “interés general”. Este interés opera tanto como límite material a la discrecionalidad como de canon delimitador de la actuación de las distintas

⁶³ No parece necesario a efectos de las cuestiones planteadas en este trabajo hacer una distinción dogmática entre “interés general”, “interés público” e “interés social” como el efectuado en: UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, 2015, pp. 84 y ss. En este trabajo, los tres conceptos se utilizan indistintamente para referirse a la idea del interés de la colectividad frente al interés meramente particular o privado.

⁶⁴ STC 164/2001, FJ 9 y STS de 19.5.1987, FJ 4 (RJ 1987\5815). Véase también MUÑOZ MACHADO, 1978, p. 184.

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1996b, p. 72.

Administraciones⁶⁶. Por lo tanto, la primera pregunta que se debe hacer al enjuiciar una supuesta violación del derecho de propiedad ex art. 33 CE es si la regulación o carga filoclimática promueve efectivamente el “interés general”.

En este sentido, es clarificador y trasladable -siempre con las cautelas pertinentes de contextualización que requiere el manejo del Derecho comparado- al ordenamiento jurídico español el test de “avance sustancial” (*substantially advances*) que aplica la jurisprudencia estadounidense a cualquier regulación del uso del suelo. Derivado de la cláusula de *due process* (5ª y 14ª Enmienda de la Constitución estadounidense), el Tribunal Supremo de EE.UU. ha señalado que el servicio efectivo a un interés general es requisito de validez de las regulaciones del uso del suelo que puedan afectar a la propiedad. El test de “avance sustancial” tiene por objeto identificar si la regulación es efectiva desde el punto de vista de la consecución de un interés público legítimo. En otras palabras, su finalidad es examinar si la regulación del uso del suelo promueve sustancial y efectivamente el “interés público”. Es más, la inefectividad de cara a la consecución del “interés público” abre la puerta a la estimación de cualquiera de los vicios de arbitrariedad e irrazonabilidad de las regulaciones del suelo⁶⁷. En este marco, cualquier regulación filoclimática podría someterse a un test de estas características para examinar su compatibilidad con el derecho de propiedad. El “interés general” se convierte, así, en el primer canon de validez de las medidas filoclimáticas. Si cualquier medida filoclimática configuradora de la propiedad se demuestra que no está al servicio del “interés general”, no resulta necesario seguir con el examen de los demás criterios de validez constitucional de la carga filoclimática (principio de proporcionalidad y respeto del “contenido esencial” del derecho).

(ii) Límites al “contenido general” del derecho de propiedad. Un criterio cuantitativo en la aplicación del principio de proporcionalidad para enjuiciar una delimitación no indemnizable y una delimitación indemnizable del derecho de propiedad

Es cierto que cuanto más aceptado desde la perspectiva político-científica es el concepto de la ordenación urbanística filoclimática, tanto más dudosa y conflictiva es su transposición legislativa o reglamentaria desde la perspectiva constitucional. La ordenación urbanística filoclimática convierte la protección climática global en objeto del Derecho urbanístico y consecuentemente de la política local. Con eso, las preguntas parecen predefinidas. Las primeras giran en torno a la *capacidad política y constitucional o legal de los gobiernos locales* para materializar la ordenación urbanística filoclimática. En concreto se ocupan de examinar si la ordenación urbanística respetuosa con el medioambiente recae en el ámbito de la autonomía local (art. 137 CE) de los municipios y si este tipo de urbanismo es posible en el marco de la distribución competencial constitucional actual. Sin embargo, profundizar en el análisis de las competencias locales para promover el urbanismo filoclimático constituiría objeto de estudio de otro tipo de

⁶⁶ STS 6.2.1988, FJ 8 (RJ 1988\783).

⁶⁷ Véase PAREJO ALFONSO, 2014, p. 29. En este sentido pueden consultarse las siguientes Sentencias norteamericanas: *Euclid v. Amber Realty Co.*, 272 US 365, 1926; *Nectow v. City of Cambridge*, 277 US 183, 1928; *Lingle v. Chevron USA Inc.*, 544 US 528, 2005. Véase también NOLON Y SALKIN, 2006, pp. 131 y ss.

trabajo que trasvasarían los objetivos que se han planteado en el presente como se ha adelantado en la introducción (epígrafe 1). Así, este estudio parte de la premisa –como dato– de que los gobiernos locales, con los pertinentes matices y precisiones, gozan de las competencias suficientes para promover la ordenación de las ciudades conforme a criterios respetuosos con el clima. Esta respuesta afirmativa sirve de fundamento y nexo lógico para poder contestar a las segundas preguntas que se plantean en torno a las cuestiones previamente planteadas. Estas últimas se ciñen a averiguar si las nuevas tareas que debe acometer el planeamiento urbanístico son acordes con el derecho de propiedad ex art. 33 CE y, más en concreto, con las exigencias del *principio de proporcionalidad* en materia de derechos fundamentales.

El derecho de la propiedad urbanística es un *derecho ponderativo* en sí mismo. Su estructura se forma, como se ha reiterado, a través de la combinación de dos elementos: la utilidad individual (vertiente subjetiva del derecho) y su función social (vertiente objetiva/institucional del derecho). El equilibrio entre ellos no tiene que ser perfecto. El legislador y la Administración, en el marco de las leyes o planes/ordenanzas, pueden dotar con más o menos contenido a cada uno de estos elementos, pero uno no puede hacer desaparecer al otro por completo. La función social permite la intervención administrativa en el ejercicio del derecho en aras de la protección del interés general –también filoclimático–, pero no puede anular cualquier utilidad individual para el propietario. Pero además, la intervención pública filoclimática en la configuración del “contenido general” del derecho de propiedad está sujeta al principio de proporcionalidad. Por esta razón, la aplicación de medidas filoclimáticas a la propiedad no debe resultar desproporcionada para los propietarios afectados sin que la norma prevea la indemnización correspondiente para la compensación de la desproporción. Y esto es lo que hay que buscar en el segundo escalón de enjuiciamiento constitucional de las medidas filoclimáticas en relación con el derecho de propiedad del art. 33 CE.

El contenido de la propiedad del suelo –lo que el propietario puede hacer y cómo puede hacerlo con su propiedad– lo determinan la ley y el plan/ordenanza y viene impuesto por dos factores: a) la situación básica del suelo; y b) lo que dispongan la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma y el plan para las distintas clases y usos del suelo. La concreción del modo de utilización del suelo –también del filoclimático– forma parte de la función social de la propiedad y, si permite cierto rendimiento o beneficio para el titular del derecho, se engloba dentro del ejercicio de las facultades urbanísticas que no generan derecho a la indemnización en el ordenamiento jurídico español. La atribución de manera artificial del aprovechamiento urbanístico resultante de la equitativa distribución de beneficios y cargas por el planeamiento urbanístico, según lo estipulado en la ley, es lo que sustancia el derecho de propiedad. La conclusión es distinta si *la configuración filoclimática del derecho de propiedad viola el principio de proporcionalidad y supone una vinculación singular de la propiedad*. En este caso sí que se genera derecho a indemnización o compensación.

El derecho de propiedad no es ilimitado. Cualquier delimitación del derecho de propiedad debe ser acorde con *el principio de proporcionalidad* que rige en materia de derechos fundamentales⁶⁸.

⁶⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008, p. 178; BONHAGE, 2008, p. 61.

Para que, en virtud de la vinculación de la propiedad a los intereses colectivos o generales de los que aquélla es soporte, sean constitucionalmente admisibles las limitaciones, cargas u obligaciones impuestas por legislador no pueden “[s]upone(r) la desaparición o negación del contenido esencial del derecho allí reconocido (art. 33 CE), ni por otro lado, la delimitación que de ese derecho realizan (puede) carece(r) de fundamento o justificación constitucional” (STC 89/1994, FJ 5). Los dos límites generales que se desprenden de lo anterior, y que debe respetar el legislador *-a fortiori* también la Administración a través del planeamiento urbanístico- al delimitar las situaciones patrimoniales subjetivas conformes a la función social son: a) el contenido esencial; y b) el principio de proporcionalidad. Existe, por lo tanto, una clara diferencia entre la privación del ejercicio del mismo y su delimitación⁶⁹. En el primer supuesto, la privación de cualquier utilidad económica del bien de dominio para su propietario, según la garantía expropiatoria del art. 33.3 CE, obliga a conceder una justa indemnización al propietario siempre que concurra un interés público para esta acción. No es posible expropiar sin indemnizar y sin que esta expropiación sirva al interés general. En el segundo supuesto, el legislador puede regular y delimitar la utilización del terreno, ya que la propiedad está vinculada a la realización de su función socializadora. En ambos casos, se establece el requisito de que tales limitaciones se mediante disposiciones de rango legal *-y, en su caso, con la colaboración de normas infralegales claramente subordinadas a la ley-*, ya que se ven afectados derechos legítimos de los ciudadanos⁷⁰. No obstante, como se ha podido constatar, este requisito, al menos en España, se ha flexibilizado intensivamente en materia de planeamiento urbanístico (véase epígrafe 3). Una vez recordado lo anterior, surgen las siguientes preguntas. *¿La imposición de cargas filoclimáticas a la propiedad supone una delimitación proporcionada del derecho de propiedad o una privación materialmente expropiatoria? ¿O existe la posibilidad de que en un caso concreto esta imposición resulte desproporcionada y, por eso, indemnizable pero sin llegar a atentar contra el “contenido esencial” del derecho?*

Para dar respuesta a las preguntas anteriores deben recordarse de forma epigramática algunos elementos del test de proporcionalidad que se aplica para enjuiciar la intervención del poder público en los derechos fundamentales de las personas. La específica articulación del test de proporcionalidad en tres eslabones *-idoneidad, necesidad y ponderación/proporcionalidad en sentido estricto*⁷¹- fue por primera vez utilizado específicamente en España en la STC 66/1995, (FJ 5) sobre el derecho de reunión (art. 21 CE). Según éste principio y sus subprincipios, la medida limitadora del derecho fundamental *-en su caso, filoclimática-* ha de ser: a) útil, apropiada o idónea para la consecución del bien público que tiene como fin *-en este caso, la protección frente al cambio climático-*; b) necesaria o indispensable (no debe existir otro medio igualmente eficaz y menos limitativo para satisfacer el fin mencionado); y c) ponderada (debe darse un equilibrio entre el perjuicio que sufre el derecho fundamental limitado y el beneficio que de ello se deriva a

⁶⁹ Ilustrativo en este sentido y con muchos apuntes de la teoría y jurisprudencia norteamericanas resulta el artículo de DOMÉNECH PASCUAL, 2012b, pp. 8 y ss.

⁷⁰ VILLALÓN PRIETO, 2009, p. 340.

⁷¹ BARNÉS VÁZQUEZ, 1994, pp. 502 y ss.

favor del bien público)⁷². Cuando, por lo tanto, se efectúa un control de constitucionalidad de una medida filoclimática limitadora del derecho de propiedad –después de constatar que sirve al “interés general”- hay que examinar paso por paso estos mandatos parciales del principio de proporcionalidad.

En un sentido similar al tercer eslabón del test de proporcionalidad –el mandato de ponderación-, la jurisprudencia estadounidense aplica, en términos generales, el test de equilibrio (*balancing test*). Su finalidad consiste en determinar si una decisión legal o administrativa de delimitación del derecho de propiedad constituye una regulación de carácter materialmente expropiatorio (*regulatory taking*). En la importante Sentencia Penn Central Transp. Co. v. City of New York se aplica una amplia variedad de factores para confirmar la aplicación de la regulación sobre edificios relevantes o significativos que llevó a denegar la autorización de un proyecto de reforma de la *Gran Central Terminal*. La reforma consistía, entre otras cosas, en añadir una torre nueva y demoler la gran sala interior de la estación. Los parámetros que se han tomado en consideración para aplicar el juicio ponderativo a favor de la denegación de la autorización fueron: el impacto económico de la denegación del proyecto para el propietario; la extensión o la medida en que la regulación interfiere en las expectativas e inversiones ya realizadas y el alcance de la intervención regulatoria pública⁷³. El Tribunal llegó, además, a la siguiente conclusión: de que la probabilidad de que una regulación tenga efecto equivalente al expropiatorio es mayor cuando intermedia el desplazamiento físico del propietario (ocupación del bien) que cuando es fruto de una ponderación y armonización de los beneficios y las cargas de la vida económico-social para la promoción del “interés público”. Así, si la regulación protectora excluye un uso más lucrativo para la propiedad pero no impide una utilidad razonable de la misma debería considerarse legítima.

Con una analogía poco forzada y en la línea de todo lo anterior, puede sostenerse que la imposición de cargas filoclimáticas a la propiedad (utilización del suelo de un determinado modo; construcción o rehabilitación de los edificios conforme a determinadas prescripciones energéticas), tanto en suelo urbano como en suelo rural, cumplirá normalmente con el principio de proporcionalidad. Si el fin público que quiere defenderse es la disminución de la emisión de GEI con la consecuente protección climática, cualquier medida que aplique a tales efectos las nuevas tecnologías y mejores técnicas disponibles en cada momento debe considerarse idónea y necesaria. Además, si la intervención pública filoclimática –a través de la legislación correspondiente o las normas del planeamiento urbanístico- permite una utilidad razonable de la propiedad –aunque en su caso menos lucrativa-, entonces no parece fácil sostener la inconstitucionalidad de la medida pública por violación del principio de proporcionalidad y, por extensión, del derecho de propiedad del art. 33 CE. Es más, la *naturaleza* realmente *rentable* de las medidas filoclimáticas a medio y largo plazo, hacen que esta rentabilidad cobre una relevancia importante a la hora de ponderar los costes y beneficios que estas medidas suponen para la propiedad. Así, aunque la intervención filoclimática en el derecho –a través de la asignación

⁷² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2000, p. 25.

⁷³ Penn Cent. Transp. Co. V. City of New York, 397, NYS 2d, 914, NY 1977.

directa de usos filoclimáticos al suelo en suelo urbanizable o el deber de rehabilitación energética de la propiedad en suelo urbano- puede condicionar de primeras un uso muy lucrativo de la propiedad por los costes que suponen estas inversiones, la amortización de la inversión a medio o largo plazo por los beneficios energéticos obtenibles, resulta segura.

Ahora bien, como se ha adelantado, un juicio de proporcionalidad no puede realizarse en abstracto sino hay que predeterminar mínimamente dos elementos antes de su realización: a) a qué tipo de cargas filoclimáticas impuestas por los poderes públicos se está refiriendo en cada momento; y b) a qué clase de suelo se están imponiendo estas cargas. Los derechos adquiridos, que pueden servir como contrapeso frente al alcance de la intervención pública reguladora en un juicio de proporcionalidad, no son los mismos en todas las clases de suelo.

Todos los ejemplos de cargas especialmente configuradas como filoclimáticas en el marco de la promoción del urbanismo respetuoso con el clima que van a exponerse a continuación deberían, en principio, someterse a un examen de proporcionalidad:

Establecimiento de *cesiones*.

Asignación directa de usos filoclimáticos al suelo urbano o urbanizable/rural. Para el ordenamiento jurídico español, la ordenación urbanística y, con ella la fijación filoclimática de usos es una delimitación del derecho de propiedad amparada en el art. 33.2 CE. Lo mismo sucede en Derecho alemán donde la asignación de usos al suelo se considera una delimitación no indemnizable del derecho de propiedad (*Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums*, art. 14.1.2 GG)⁷⁴. Lo que hay que averiguar a través de un juicio de proporcionalidad es si la delimitación de la propiedad, que consiste en la asignación de usos filoclimáticos al suelo, es ponderada tomando en consideración varios factores de distinta índole (económica, ambiental, social etc.). En suelo urbanizable/rural este juicio tiene significativamente más posibilidades de salir positivo. Los factores a sopesar son *pro futuro*, los márgenes de la discrecionalidad del legislador/planificador más amplios y no existen situaciones jurídicas consolidadas sino meras expectativas no indemnizables. Si, de otro lado, la asignación de usos filoclimáticos va a tener lugar en suelo urbano, la modificación o revisión del planeamiento parece necesaria. Además, los derechos adquiridos patrimonializados en esta clase de suelo son también una realidad. Esto, por supuesto, conlleva una dificultad añadida y un interés más a sopesar a la hora de enjuiciar la proporcionalidad de las medidas filoclimáticas. Sobre esta cuestión se volverá más adelante (infra pág. 33 y ss.).

Deber de introducción de la eficiencia energética en la edificación. Con esta medida filoclimática se trata de modernizar energéticamente no solamente las nuevas construcciones sino obligar también a la rehabilitación energética de las existentes⁷⁵. Todas las ordenanzas solares, que han

⁷⁴ BUMKE/VOSSKUHLE, 2008, pp. 240 y ss.; KRAUTZBERGER, 2009, pp. 196 y ss.

⁷⁵ ARROYO JIMÉNEZ, L., Conservación, mejoras y rehabilitación urbanística, en *RDU*, núm. 226, 2006, pp. 107 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, 2013, pp. 73 y ss.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2002, pp. 273 y ss.

aprobado los municipios españoles para introducir, aunque sea parcialmente, un porcentaje de eficiencia energética en sus edificaciones se aplican solamente a las nuevas edificaciones o construcciones; a las rehabilitaciones integrales de edificios o construcciones; o a los cambios de uso de la totalidad de edificios o construcciones⁷⁶. Similar es la situación, en estos momentos, en Alemania en relación con la introducción de la eficiencia energética en la edificación. El precepto legal de atribución competencial a los municipios alemanes para introducir las energías renovables en la edificación a través de las correspondientes estipulaciones en los planes urbanísticos de desarrollo (*Bebauungspläne*) es bastante restrictivo. Permite estas previsiones solamente en cuanto se refieren a nuevos desarrollos o rehabilitaciones integrales de las edificaciones existentes⁷⁷. La razón detrás de esta regulación puede ser estrechamente ligada al principio de proporcionalidad. Posiblemente, tanto el regulador español de las ordenanzas solares como el legislador/regulador alemán hayan intuido o constatado una desproporción en la obligación de introducir la eficiencia energética en las edificaciones existentes que no vayan a sufrir una rehabilitación integral.

Pues la imposición de límites, cargas y obligaciones derivadas de la función socioclimática de la propiedad no puede ir más allá de lo que se considere necesario para la defensa de los intereses generales que constituyen en cada caso la concreción de la función social -filoclimática-. Es más, este principio rige igualmente para elegir entre una limitación del derecho de propiedad y una expropiación, ya que solo podrá recurrirse al art. 33.3 CE cuando no sea posible alcanzar el objetivo -filoclimático- o la finalidad con la misma eficacia a través de la configuración del contenido de la propiedad⁷⁸. No obstante, es posible que la expropiación sea menos limitativa que la imposición de cargas socioclimáticas, ya que en ocasiones puede que económicamente sea peor una propiedad muy gravada que expropiada⁷⁹. Esto, en el caso filoclimático, surgirá cuando los costes para la internalización de las cargas impuestas superen económicamente el valor que el propietario adquiriría a través de una expropiación. En el supuesto concreto de la ordenación filoclimática y su relación o implicación patrimonial debe realizarse una distinción útil entre la ordenación filoclimática de los desarrollos urbanísticos nuevos y los consolidados.

Con respecto a los *nuevos desarrollos* y la asignación de usos filoclimáticos al suelo, la cuestión parece poco problemática, puesto que, como se ha adelantado, en el suelo rural-urbanizable no existen derechos consolidados. Por lo tanto, este tipo de ordenaciones pasarían el test de proporcionalidad -necesariedad, adecuación y proporcionalidad estricta- sin demasiado esfuerzo. La asignación de usos filoclimáticos al suelo -siempre que se haya constatado científicamente la necesidad de la toma de estas medidas y la adecuación de los medios (inserción

⁷⁶ Informe sobre la trayectoria de aplicación de la Ordenanza solar-térmica de Barcelona: http://www.estif.org/fileadmin/estif/content/polices/STAP/BarcelonaSolarRegulation_FullReport_Spanish_includes_Fulltext_Newregulation_2006.pdf (última entrada, el 1 de febrero de 2017).

⁷⁷ LONGO, 2009, p. 16.

⁷⁸ BARNÉS VÁZQUEZ, 1996, p. 52.

⁷⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008, p. 179.

de la eficiencia energética, ubicación bioclimática etc.) para la consecución del fin, así como la *ausencia de medidas menos gravosas para la propiedad que puedan alcanzar el mismo fin*- parece idónea y proporcional a los sacrificios que suponen para los propietarios en una ciudad no formada previamente. La clave y el peso para aceptar la proporcionalidad de la ordenación filoclimática, en este caso, residen de forma primordial en el *mandato de ponderación* de la protección climática con la utilidad individual intrínseca al derecho de propiedad. Es importante recalcar que donde la propiedad se toma en serio no se pone tanto el acento en la discrecionalidad del planeamiento urbanístico, sino en un riguroso *mandato de ponderación*. Este mandato implica una carga de motivación y argumentación racionales de todos los intereses públicos y privados. La Administración debe observar este deber de motivación, como exigencia implícita derivada del principio del Estado de Derecho, al adoptar las decisiones sobre planeamiento⁸⁰ y, por extensión, sobre planeamiento urbanístico filoclimático. Pues, entre los principios o intereses a ponderar a la hora de promover el urbanismo filoclimático debe incluirse siempre un *criterio cuantitativo*. El contenido del derecho de propiedad en su vertiente subjetiva (art. 33.1 CE) está altamente impregnado por el significativo *principio de rentabilidad (Wirtschaftlichkeit)* de la planificación urbana -concepto económico empleado por el Derecho para la resolución de conflictos-⁸¹. En este sentido, en un juicio de proporcionalidad de las medidas filoclimáticas con respecto a su incidencia en el derecho de propiedad, deben, en todo caso, tomarse en consideración los siguientes factores: a) que la amortización de los costes inicialmente elevados para realizar la inversión en la introducción de las cargas filoclimáticas se produce a corto-medio plazo; y b) que los beneficios netos, que resultan a medio plazo a partir de la amortización completa de los costes, son muy significativos e incentivadores⁸². El beneficio energético que suponen las técnicas solares o el beneficio calorífico por la introducción de aislamientos en las edificaciones se refleja inmediatamente en el ahorro en los gastos funcionales coherentes (electricidad, calefacción). Además, en España, la técnica de equidistribución como forma de compensación de las desigualdades creadas por el planeamiento urbanístico a raíz de la previsión y asignación de distintos usos al suelo con diversas rentabilidades económicas permite mitigar los costes iniciales de las cargas urbanísticas filoclimáticas añadidas con la asignación correcta del *coeficiente de ponderación* pertinente en suelo urbanizable (infra pág. 48 y ss.). El coeficiente de ponderación, como instrumento técnico de compensación económica de las desigualdades urbanísticas, integra además en su estructura el principio de proporcionalidad porque interioriza para su fijación tanto la inversión inicial en cargas filoclimáticas como la progresiva recuperación de los costes.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 166.

⁸¹ SCHMIDT-EICHSTAEDT, 2009, p. 174.

⁸² Sobre la recuperación de costes de inversión por la asunción de cargas urbanísticas filoclimáticas a medio y largo plazo: KATS *et al.*, 2008: <http://www.calrecycle.ca.gov/greenbuilding/design/costbenefit/report.pdf> (última entrada, el 1 de mayo de 2017); PIVO Y FISHER, 2010: http://immobilierdurable.umapresence.com/images/2128_uploads/Gary_Pivo___Investment_returns_on_RPI.pdf (última entrada, el 1 de mayo de 2017).

En las categorías de suelo donde la *ciudad está ya consolidada y construida* –como por ejemplo, en suelo urbano consolidado- la justificación de la proporcionalidad de la ordenación filoclimática de usos parece más complicada. La evaluación patrimonial de los objetivos de ordenación filoclimática o de rehabilitación filoclimática –a través de la incorporación de la eficiencia energética en la edificación- es controvertida. Por un lado, la complicación surge de la existencia de *derechos consolidados protegidos* por el ordenamiento (en Alemania la situación es conocida como *Bestandsschutz*). Estos derechos en un juicio de estricta proporcionalidad podrían adquirir *prevalencia sobre la ordenación filoclimática*. Una vez asignado formal y materialmente un uso al suelo, la utilización de este terreno conforme a este uso se protege por la garantía patrimonial⁸³. Esto no significa que la rehabilitación filoclimática o la modificación de este uso no sea posible, pero se enfrentará a más resistencia. La conclusión es similar al Derecho alemán, donde la imposición de una limitación fuerte o privación del uso de este terreno para el futuro, activará el método de ponderación para decidir la adecuación o no de la ordenación filoclimática, sin perjuicio de la posibilidad de derechos indemnizatorios⁸⁴. En España, la cuestión de la alteración de los usos existentes y construidos puede resolverse a través: a) de una nueva equidistribución en suelo urbano consolidado conforme al espíritu del TRLS 2015 (hasta ahora no permitida en esta clase del suelo); b) del régimen de usos disconformes o de usos fuera de ordenación que después de la modificación filoclimática, ya no resulten acordes con ésta -con las consecuencias jurídicas que esta situación trae consigo-; o c) con la dotación de compensaciones/subvenciones directas para la regeneración urbana o indirectas en forma de desgravaciones fiscales en el Impuesto municipal de Bienes Inmuebles (IBI).

Es cierto que cualquier medida de fomento para incentivar y cubrir el coste de las inversiones filoclimáticas iniciales puede encubrir una compensación/indemnización por daños sacrificiales. En este caso habría que examinar: a) si el legislador puede encubrir una indemnización por daños sacrificiales a través de una ayuda pública directa o indirecta –con desgravaciones fiscales por ejemplo-; b) si, dentro de la teoría general de la responsabilidad, hay fundamento suficiente que obligue a indemnizar al propietario o si existe alguna razón específica que demuestre que concurren los requisitos para exigir la responsabilidad patrimonial; c) si el daño relevante es jurídicamente trascendente; y d) si los beneficios netos que obtendrá el propietario por el ahorro energético funcional conducen a un enriquecimiento injusto por parte del propietario. En todos los supuestos anteriores, hay que tener en cuenta la *singularidad del daño que supone la inversión filoclimática inicial*, puesto que es un *daño sacrificial de carácter temporal*. Si el legislador-Administración compensa este daño, el beneficio que el propietario obtiene desde el inicio de la inversión que cubre el Estado- es neto por el ahorro que supondrá la inversión en los gastos funcionales del edificio. Y esta fórmula en concreto, tal y como se ha sostenido, habrá que analizarla a luz de los requisitos de: a) la responsabilidad patrimonial del Estado; y b) las ayudas públicas. Sin embargo, una aproximación a la cuestión bastante intuitiva conduce a pensar que en el marco del Estado social (art. 1.1 CE) este tipo de ayudas parecen, al menos, tener justificación constitucional, puesto que agilizan la materialización efectiva de varios intereses sociales (arts. 45

⁸³ BAURECHTSKI/LONGO, 2007, p. 46.

⁸⁴ KOCH/HENDLER, 2004, pp. 275 y ss.

y 47 CE). Es más, aunque el coste de inversión filoclimática inicial no es muy elevado y el tiempo de amortización es relativamente corto, una obligación de introducir la eficiencia energética en la edificación existente –incluso exclusivamente en la que se vaya a rehabilitar– debe acompañarse –si no por ayudas públicas– al menos por líneas de acceso a créditos o préstamos con intereses muy bajos.

La rentabilidad económica y la expectativa de amortización de los costes iniciales invertidos juegan, también en la clase del suelo urbano, un papel muy importante a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las medidas filoclimáticas aplicando el test de proporcionalidad en el marco del derecho de propiedad del art. 33 CE. En una economía inmobiliaria de conservación de los edificios en lugar de la compra de nuevos, las inversiones realizadas en eficiencia energética serán a medio y largo plazo amortizadas⁸⁵. Es más, en muchas ocasiones, una vez finalizada la inversión y amortización de los costes, el edificio tendrá un uso más lucrativo –desde la perspectiva exclusivamente del propietario y no del beneficio socio-ambiental– por varios motivos. Por un lado, el ahorro en los costes funcionales corrientes del edificio en comparación con un edificio no filoclimático es muy elevado. Por otro lado, que un edificio lleve la seña de *zero energy building*⁸⁶ o *Passive House*⁸⁷ hace que su precio de venta en el mercado se aumente significativamente. En fin, el único límite que parece infranqueable, si se asegura la proporcionalidad de las medidas, es que las modificaciones o revisiones urbanísticas filoclimáticas en asentamientos consolidados no puedan suponer un sacrificio especial para los propietarios que haga su derecho de propiedad irreconocible (en este sentido, la idea es idéntica al concepto de *Aufopferung* de la doctrina alemana⁸⁸).

Pues bien, la aplicación del principio de proporcionalidad para enjuiciar una posible vulneración del derecho de propiedad por su configuración filoclimática es una tarea exclusivamente jurídica. No obstante, tal y como se ha demostrado anteriormente, la exigencia de incorporar criterios económicos para valorar la posible injerencia de las cargas filoclimáticas en el derecho de propiedad es innegable. En la misma línea puede moverse también la idea de aplicación de un *criterio-indicador cuantitativo* para determinar a partir de qué punto una carga filoclimática resulta desproporcionada para la propiedad y debe ser compensada, sin que esto signifique directamente la irrecognoscibilidad del derecho y la vulneración de su “contenido esencial”. Este criterio cuantitativo servirá como un indicador adicional a ponderar, entre otros, durante el juicio

⁸⁵ DAVY, 2007, pp. 139 y ss.

⁸⁶ Un edificio de energía cero (EEC) o edificio energía neta cero es un término aplicado a edificios con un consumo de energía neta cercana a cero en un año típico. En estos casos, la energía demandada por el edificio es igual o casi igual a la energía que proviene del propio edificio mediante fuentes de energías renovables.

⁸⁷ *Passive House* es una marca concreta de edificios de energía cero. La expresión "pasivo" se usa para definir el principio de captación, almacenamiento y distribución capaz de funcionar solos, sin aportaciones de energía exterior y que implica unas técnicas sencillas, sin equipos.

⁸⁸ MAUER, 2011, pp. 692 y ss.

de proporcionalidad de las medidas filoclimáticas. Como criterio se emplearía para valorar la imposición normativa de cargas filoclimáticas que, sin llegar a ser materialmente expropiatoria - porque el criterio cualitativo de que la propiedad sea reconocible se sigue cumpliendo como tal- resulta desproporcionada y debe o ser compensada o será inconstitucional. Para la fijación de este *parámetro cuantitativo* se usarán ejemplos orientativos para una aplicación análoga extraídos de dos campos jurídicos: del deber de conservación de la edificación y del Derecho tributario.

Es conocido que una vez culminado el proceso edificatorio (o, en su caso, una vez finalizadas las obras de urbanización) la función social de la propiedad pasa a concretarse en los deberes de uso, conservación y rehabilitación⁸⁹. La distinción entre obras de conservación, mejora y rehabilitación es una cuestión que presenta mucha ambigüedad, puesto que los límites conceptuales entre estas categorías han vuelto aún más borrosos o incluso han desaparecido con la nueva redacción dada al art. 9 del TRLS de 2008 (ahora vigente como TRLS 2015) por medio de la disposición adicional duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (BOE nº 153 de 27.06.2013). Sin embargo, a efectos de este trabajo no parece oportuno ni útil entrar en examinar los elementos cualitativos que componen cada una de estas categorías. Lo que sí resulta interesante para la analogía que se propone aquí es la fijación del límite cuantitativo del deber de conservación. Este límite encuentra su fundamento constitucional en el necesario respeto al contenido esencial de la propiedad privada⁹⁰. Las obras que puede exigir la Administración a los propietarios, en ciertos casos, se refieren así a un coste objetivo a determinar por relación al valor de la construcción. Este deber, que constituirá el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad o sostenibilidad del medio urbano. El límite se establece *en la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio* (art. 15.3 TRLS 2015).

Esta definición del límite del deber de conservación se realiza por referencia al valor de sustitución o reposición del inmueble, entendido como el valor de construcción de un inmueble nuevo en condiciones que permitan su autorización conforme a la normativa vigente, con la misma superficie edificada y cuyas demás características sean similares, excluyendo el valor del suelo e incluyendo el coste de ejecución, el beneficio empresarial, los honorarios profesionales y los tributos que graven la construcción, sin depreciaciones de ningún tipo. El único límite cuantitativo, por lo tanto, que impone el Derecho positivo es el 50% del valor de un edificio de nueva planta, excluyendo el valor del suelo. Es importante subrayar que la Ley no maneja el valor del mercado como punto de partida para determinar el límite cuantitativo. Esto parece tener su justificación en las disparidades que puede sufrir este criterio entre uno y otro lugar en España. Estas cuestiones tienen mucha envidia pero rebasan el objetivo del análisis efectuado en

⁸⁹ ARROYO JIMÉNEZ, 2006, p. 108.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 125.

este punto. Lo trascendente aquí es deducir el criterio cuantitativo que se ha impuesto para decidir cuándo la conservación de un inmueble se convierte en antieconómica⁹¹. Lo antieconómico puede ser indicador de lo desproporcionado en la propiedad. Y además, el contenido del deber de conservación está en relación con las limitaciones singulares que generan derecho a indemnización, de manera que las limitaciones que exceden de los deberes establecidos legalmente confieren al propietario un derecho a la indemnización.

En este sentido, lo *antieconómico* puede ser un factor más a ponderar en el juicio de proporcionalidad de las medidas filoclimáticas en relación con la propiedad. El criterio cuantitativo del 50% parece servir como indicador para estimar si la incorporación de las intervenciones filoclimáticas, sobre todo en suelo urbanizado/urbano, resulta antieconómica y desproporcionada para la propiedad; y si como tal, en lo que excede del 50% debe ser compensada. En otras palabras: si el valor de intervención filoclimática en un edificio, impuesto por la legislación o normas infralegales (planes urbanísticos u ordenanzas locales), excede del 50% del valor de sustitución o reposición del inmueble, *este criterio cuantitativo debe servir como un indicador más a ponderar para considerar si una carga urbanística filoclimática es desproporcionada para el propietario.*

Otro ejemplo, que puede servir como orientación para determinar un indicador cuantitativo de la desproporción de una medida/carga urbanística filoclimática en relación con la propiedad, puede encontrarse en el ámbito del *Derecho tributario*. La idea de que el derecho constitucional de propiedad privada sea aplicable en el caso de la tributación excesiva o confiscatoria proviene de la jurisprudencia y la doctrina alemanas⁹². Según esta teoría, las cargas tributarias deben medirse según la garantía de propiedad⁹³. Así, una interpretación de la fórmula española del art. 31.1.CE "El sistema tributario en ningún caso tendrá alcance confiscatorio" en el sentido de que el adjetivo "confiscatorio" sea equivalente a "contrario a la propiedad privada" no parece forzada⁹⁴. Tampoco parece forzado lo contrario. Si se parte de la premisa de que el derecho constitucional de propiedad se aplica en el Derecho tributario, es lógico deducir que los principios del Derecho tributario -contextualizando y con mucha cautela- se puedan aplicar en el derecho de propiedad. Pues bien, en este contexto, en una Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán se puso de manifiesto un criterio cuantitativo para establecer un límite sobre cuándo la carga tributaria global se vuelve excesiva. Conforme al principio de "*steuerverfassungsrechtlicher Halbteilungsgrundsatz*"⁹⁵, el Tribunal expresa la prohibición de que los impuestos directos sobre el patrimonio o ingresos excedan, individualmente o en conjunto, el nivel de 50% (cincuenta por ciento) de la "renta potencial" (*Sollertrag*) del contribuyente. Una aplicación analógica pero

⁹¹ GARCÍA ÁLVAREZ, 2013, pp. 84 y ss.

⁹² REY MARTÍNEZ, 1994, pp. 276 y ss.

⁹³ PAPIER, 1983, pp. 83 y ss.

⁹⁴ PALAO TABOADA, 1979, pp. 319 y ss.

⁹⁵ BVerfG-Beschluß del 22.6.1995, 2 BvL 37/91, BStBl. 1995 II, S. 655

reservada de este principio al caso de las intervenciones filoclimáticas – y sin entrar a examinar sus fundamentos dogmáticos por exceder de la finalidad paradigmática de la analogía- parece razonable. Además, coincide como porcentaje absoluto con el porcentaje cualitativo del 50% del valor de reposición que se indicó anteriormente para el deber de conservación.

De los dos ejemplos, que se han utilizado para buscar criterios que orienten la determinación de un indicador cuantitativo, resulta que el 50% del valor de reposición del objeto es una cifra que refleja de forma aproximada el valor/límite a partir del cuál una imposición de cargas filoclimáticas a la propiedad inmobiliaria puede resultar desproporcionada. Claro está que este tipo de analogías deben utilizarse siempre con mucha precaución y contextualizando la finalidad a la que sirven. En este caso, el criterio cuantitativo del 50% no es ningún criterio universal, exclusivo o excluyente para medir la intervención filoclimática en el derecho de la propiedad. Lo contrario podría constituir una merma en el poder democrático del legislador por restringir de forma excesiva su discrecionalidad en el diseño de su política legislativa. El valor en cuestión es simplemente el que resulta de la fijación de un indicador más a ponderar en un juicio de proporcionalidad de la intervención normativa en el derecho de propiedad atribuyéndole el peso que le corresponde según las circunstancias concretas del caso.

En definitiva, las cargas urbanísticas propiamente filoclimáticas o las cargas tradicionales en virtud de la ordenación filoclimática de la ciudad deben cumplir, en todo caso y para que no se vea vulnerado el derecho de propiedad del art. 33 CE con el principio de proporcionalidad – tienen que ser idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales al fin que se persigue-. Para enjuiciar esta proporcionalidad, además de los criterios ordinarios que la jurisprudencia ha ido empleando, este trabajo ha propuesto un criterio cuantitativo indicativo de la proporcionalidad de la carga urbanística filoclimática impuesta. Este criterio cuantitativo, que parece más adecuado utilizarlo en las construcciones ya existentes -eso quiere decir en los casos de la ciudad consolidada que debe ser reformada- se eleva al 50% del valor de reposición o sustitución de un inmueble –con las ponderaciones internas de costes y amortización de beneficios que deben realizarse-. Si el coste de la carga urbanística filoclimática impuesta a los propietarios no excede de este valor, puede presumirse –aunque habrá que tomar otros parámetros también en consideración- la proporcionalidad de la medida y encajarla en lo que se ha denominado como una delimitación del derecho de propiedad no indemnizable. El criterio cuantitativo del 50% parece servir, así, como indicador más para estimar si la incorporación de las intervenciones filoclimáticas resulta antieconómica y desproporcionada para la propiedad. Ahora bien, es posible que el coste de la carga filoclimática que se imponga al propietario exceda del 50% del valor de reposición del inmueble. Este hecho no convierte la carga urbanística inmediatamente en una vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad dado que éste último puede seguir siendo reconocible como tal. Simplemente indica la posibilidad de que se trate de una delimitación del derecho de propiedad desproporcionada que habría que ser compensada. Esta delimitación encajaría en la categoría dogmática de delimitación del derecho de propiedad indemnizable pero no necesariamente vulneradora del contenido esencial del derecho en sí.

iii) Criterio cualitativo para enjuiciar una violación del “contenido esencial” del derecho de propiedad filoclimática: la reconocibilidad

El último escalón del test propuesto que debe pasar la medida/intervención filoclimática para enjuiciar su compatibilidad constitucional con el derecho de propiedad del art. 33 CE radica en lo siguiente: examinar si la técnica filoclimática deja intacto el “contenido esencial” del derecho de propiedad en su vertiente subjetiva. Se ha sostenido con anterioridad que el “contenido esencial” en su vertiente subjetiva es un límite infranqueable y absoluto a la regulación de la propiedad por los poderes públicos. Aunque la función socioclimática de la propiedad delimita el “contenido” del derecho de propiedad y, al menos, es parte integrante del mismo, no debe llevar a la anulación de cualquier utilidad económica del objeto de dominio para su propietario. La cuestión, por lo tanto, se centra en averiguar, con algún ejemplo ilustrativo extraído de la realidad: a) la forma en la que la finalidad filoclimática de las regulaciones puede configurar y penetrar la propiedad sin llegar a tocar “el contenido esencial” del derecho en su vertiente subjetiva; b) el margen permisible de la intervención en el marco de la delimitación legal del derecho en suelo urbanizado y en suelo rural; y c) las consecuencias de la violación del “contenido esencial” del derecho de propiedad. Se adelanta que el criterio cualitativo que ha manejado la jurisprudencia constitucional en los últimos 35 años para enjuiciar la violación del “contenido esencial” de la propiedad es el de la *reconocibilidad* del derecho, consistiendo tal reconocibilidad en la garantía de una rentabilidad económica exclusivamente individual del objeto para su propietario (*Privatnützigkeit*).

Pues la jurisprudencia constitucional ha identificado, como se ha adelantado, el equilibrio entre la función legal delimitadora y el “contenido esencial” directamente protegido por la Constitución (art. 53.1. CE), en que siempre ha de ser *reconocible*, en todo derecho de propiedad, *una utilidad individual suficiente*. La conciencia social es la que contribuye a determinar en cada momento qué se entiende por reconocibilidad y utilidad individual suficiente con respecto al derecho de propiedad⁹⁶. En puridad, la jurisprudencia constitucional se sirve del test de “reconocibilidad” como criterio cualitativo en su enjuiciamiento sobre el respeto del “contenido esencial”/vertiente individual del derecho de propiedad, delimitado por las leyes o por el planeamiento.

Como se ha puesto de relieve en la parte introductoria del presente estudio, el urbanismo filoclimático perfilado en esta propuesta se realiza en torno a dos ejes: a) la asignación de usos directamente estipulados como filoclimáticos al suelo; y b) la ordenación urbanística respetuosa con el clima del conjunto de la ciudad. Es verdad que el primer tipo de urbanismo puede suscitar dudas desde la perspectiva de la propiedad porque supone la imposición de una carga filoclimática adicional a la situación patrimonial de los propietarios existente hasta el momento. El segundo tipo no parece cuestionable al moverse en un contexto más amplio de promoción y materialización de políticas públicas que no incide directamente en la situación patrimonial de los individuos. Al menos no lo hace con más intensidad de lo que lo está haciendo en virtud del urbanismo convencional. Es una opción y propuesta política de ordenación de las ciudades, solamente sujeta al control democrático a través de las elecciones. Solamente puede suscitar

⁹⁶ SSTC 166/1986, (FJ 13) y 48/2005, (FJ 4).

dudas, si el planeamiento configura el entorno mediante la asignación de usos en suelo urbano o urbanizable de tal forma que *los aprovechamientos lucrativos de los propietarios no tengan suficiente espacio para materializarse*. No obstante, incluso una regulación legal o reglamentaria de estándares mínimos muy generosa con los espacios libres, verdes o colectivos -que dejara menos espacio para la materialización de los aprovechamientos individuales lucrativos-, si se combina con una edificabilidad relativamente alta, hace casi imposible la violación del “contenido esencial” de la propiedad en su vertiente subjetiva porque siempre garantizará un aprovechamiento subjetivo mínimo.

Más analíticamente y visto de forma sintética cuál es el significado general del “contenido esencial”, como contenido facultativo del derecho de propiedad, que en todo caso han de respetar tanto las leyes como los planes, hay que plantearse en qué medida la asignación de usos filoclimáticos al suelo y la ordenación filoclimática de las ciudades respetan dicho “contenido esencial”. Esto es, si la fijación de usos globales residenciales y terciarios filoclimáticos y sus variaciones pormenorizadas respetan el núcleo duro del derecho. Se adelanta que la respuesta debe ser afirmativa pero con matices. Estos usos no tienen por qué afectar al “contenido esencial” del derecho de propiedad de forma distinta de lo que estaba sucediendo hasta ahora con la asignación tradicional de usos al suelo. En este sentido, los distintos *tests* que la jurisprudencia y doctrina españolas e internacionales han desarrollado para asegurar la intangibilidad del “contenido esencial” del derecho de propiedad se verán, en principio, superados sin mayores dificultades.

Pues la imposición de límites, obligaciones o cargas derivadas de la función social -socioclimática- de los derechos patrimoniales mediante los dos tipos de medidas urbanísticas (asignación de usos filoclimáticos al suelo edificable y pluralización de espacios libres y redes de transporte), debe sujetarse al test de reconocibilidad del derecho en cada momento histórico (STC 11/1981, FJ 2)⁹⁷. Las pautas establecidas por la jurisprudencia para sostener la reconocibilidad del derecho de propiedad -un tanto superfluos puesto que no remiten a cualidades concretas que harían identificable el derecho- son las siguientes: a) la esencialidad o absoluta necesidad del contenido del derecho; b) la evitación de limitaciones que hacen impracticable el derecho, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC 11/1981, FJ 8); y c) la utilidad meramente individual del derecho, que queda desprotegida cuando ocurre una “[p]érdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica”⁹⁸.

Un test parecido y con criterios similares efectúa también la jurisprudencia estadounidense para enjuiciar si el ejercicio de la potestad administrativa genérica de conformación y limitación de las

⁹⁷ En relación con la evolución de la regulación de algunos derechos de tipo patrimonial y su análisis histórico por la jurisprudencia: (STC 178/1989, FJ 9 [sobre las incompatibilidades de los funcionarios]; STC 227/1988, FJ 6 [sobre propiedad privada y costas]; STC 89/1994, FJ 5 [sobre arrendamientos urbanos]; y la STC 204/2004, FJ 6 [sobre la atribución al Estado de la titularidad de algunos bienes inmuebles abandonados]).

⁹⁸ SSTC 37/1987, (FJ 2); 170/1989, (FJ 8); 89/1994, (FJ 3); 204/2004, (FJ 5); y 112/2006, (FJ 10). Un comentario extenso sobre la STC 37/1987 puede encontrarse en PAREJO ALFONSO, 1981, pp. 169 y ss.

facultades urbanísticas se convierte en ablación del derecho de propiedad (expropiación-*regulatory taking*) por ser caprichosa, arbitraria e irrazonable (*arbitrary and capricious*). Es más, la jurisprudencia estadounidense también identifica y asimila a una expropiación susceptible de indemnización aquellos casos en los que la regulación es tan severa que no permite al propietario aprovechamiento económico alguno⁹⁹.

Estos elementos, que se han desarrollado por la jurisprudencia española para sostener la reconocibilidad del derecho, tienen como objetivo que los intereses jurídicamente protegibles – individual y social filoclimático en el caso del que se ocupa este estudio- que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Pues, en este sentido, la asignación de un uso filoclimático al suelo no perjudica a la esencialidad o absoluta necesidad del contenido del derecho. Es más, materializa la perspectiva filoclimática de la función social del derecho haciéndola compatible con la utilidad individual. Asimismo, no hace impracticable el derecho, ni lo dificulta o despoja de la necesaria protección, siempre que *las cargas que conlleve la asignación de un uso filoclimático al suelo no sean excesivas en términos económicos*. Finalmente, la utilidad meramente individual o el aprovechamiento suficiente del derecho, como límite infranqueable en la configuración de cada concreto derecho de propiedad, se garantiza en el urbanismo filoclimático tanto como en el urbanismo convencional. El propietario goza de las facultades inherentes de la naturaleza del suelo que posee. Esto significa que para los terrenos para los que la clasificación y calificación del suelo han garantizado un aprovechamiento lucrativo –aunque sea configurado de forma filoclimática- no habrá una “pérdida esencial, o vaciamiento de la utilidad económica”. El uso filoclimático (residencial por ejemplo) puede ser inicialmente menos lucrativo, por la inversión filoclimática requerida, pero a medio plazo la inversión se amortizará y los beneficios netos serán mayores por comparación con un uso no filoclimático. Además, en suelo rural donde no se prevén usos edificatorios especialmente lucrativos, en aras de la preservación de los valores paisajísticos, ambientales, agrícolas etc., la naturaleza del suelo hace que su valor consista exactamente en estos valores no evaluables económicamente. Es más, es posible que la supuesta pérdida económica, que supone la prohibición de edificación lucrativa en esta categoría de suelo, se convierta en una ventaja económica si se aprovecha con el emplazamiento de por ejemplo centros de educación ambiental, exploración forestal, etc.

El test anterior muestra que tanto la construcción filoclimática directa de la ciudad (a través de la imposición de cargas específicas filoclimáticas a la urbanización), como la ordenación filoclimática indirecta de la ciudad (a través de su planificación intensiva y concentrada; la reserva de espacios libres y verdes; la previsión de dotaciones/sistemas generales y locales para la construcción de carriles bici y otros medios de transporte filoclimáticos etc.) *no privan, en principio, a los propietarios del suelo de un aprovechamiento individual suficiente de sus derechos*. El urbanismo filoclimático es solamente una variación del urbanismo convencional y como tal presenta las dificultades ordinarias identificadas hasta el momento. Ahora bien, puede darse el

⁹⁹ La falta de utilidad económica para el propietario desprendida de la delimitación de la propiedad se ha venido calificando como expropiación inversa (*inverse condemnation*). Véase JUERGENSMEYER Y ROBERTS, 2007, pp. 410 y ss. Por todas, las Sentencias: *Lingle v. Chevron*, 544 US 528, 2005 y *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 US 1003, 1992.

caso de que las *cargas urbanísticas* filoclimáticas supongan una inversión para los propietarios –o promotores- *excesivamente costosa que resulte materialmente expropiatoria*. Esta se daría *cuando el coste de las cargas filoclimáticas supere, iguale o, al menos, se aproxime al beneficio neto que los propietarios adquirirían por la transformación de sus terrenos*. Esta inversión filoclimática puede que no quiebre el principio de igualdad porque se repercutiría a través del mecanismo de equidistribución sobre todos los propietarios de un ámbito de actuación urbanística por igual. *Anula*, no obstante, de entrada *casi cualquier utilidad económica individual del derecho de propiedad*. Este sería solamente el supuesto en el que la reconocibilidad del derecho se pondría en juego y, la compensación del propietario resultaría necesaria por vulneración del “contenido esencial” del derecho en su vertiente subjetiva. En este caso ya no se trataría de una delimitación de la propiedad no indemnizable, sino de una intervención materialmente expropiatoria que debería ser indemnizada por vía del art. 33.3. CE (STC 111/1983, FJ 8).

Antes de llegar a estos supuestos de compensación/indemnización, por exceso en las cargas filoclimáticas que violan el “contenido esencial” del derecho de propiedad en su vertiente subjetiva, sería posible la inclusión legal de la compensación de las cargas filoclimáticas excesivas en la fase del planeamiento o de la ejecución. Un precepto incluido en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (BOE nº 156 de 30.06.1992) (en adelante, TRLS 1992) preveía la compensación de determinadas actuaciones en los municipios cuando la actuación en determinadas unidades de ejecución delimitadas en suelo urbano no fuera presumiblemente rentable, por resultar excesivas las cargas en relación con el escaso aprovechamiento previsto para las zonas edificables. En estos casos, el Ayuntamiento podía autorizar, sin modificar las determinaciones del plan, una reducción de la contribución de los propietarios a las mismas o una compensación a cargo de la Administración, procurando equiparar los costes de la actuación a los de otras análogas que hayan resultado viables (art. 153 TRLS 1992, declarado inconstitucional por la STC 61/1997). La inclusión de esta previsión *ex novo* en las legislaciones urbanísticas autonómicas -trasladable también al suelo urbanizable- podría resultar de utilidad en los casos en los que las cargas filoclimáticas excesivas anularan la rentabilidad de los terrenos para sus propietarios. De esta forma, no se vería vulnerado el “contenido esencial” en su vertiente individual.

Otra opción, para estos supuestos, sería la contenida por ejemplo en el art. 176 LSCAM que prevé la *compensación con los bienes de patrimonio público* a quienes resulten con defecto de aprovechamiento por las operaciones de equidistribución o limitaciones singulares. En este sentido, si el derecho de propiedad, en un caso concreto, se convierte por la imposición de cargas filoclimáticas excesivas en irreconocible -al no garantizarle ninguna utilidad económica-, debe presumirse la existencia de un defecto de aprovechamiento. La Administración podría compensar tal defecto con los bienes destinados al patrimonio público, para que la utilidad individual de los derechos de los propietarios, aunque des- o relocalizada, no se vea perjudicada.

- b) Parámetros constitucionales de control: el principio de igualdad material (arts. 9.2 y 14 CE)
- i) Introducción al principio de igualdad en el urbanismo

La *igualdad es un principio relativo* en el sentido de que necesita un término de referencia o comparación para que se constate una discriminación indebida de una persona o su situación jurídica frente a otros. A principios del siglo XX se sostuvo por la doctrina alemana más ilustre en la materia que la igualdad en todas sus formas nunca puede llegar a tener como contenido una pretensión individual. Es un derecho objetivo y su eficacia en la esfera jurídica individual es un mero efecto reflejo¹⁰⁰. La jurisprudencia constitucional española también admitió que la igualdad *per se* no existe jurídicamente, puesto que su contenido viene establecido siempre respecto de otras relaciones jurídicas concretas (STC 76/1983, FJ 2). No obstante, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el alemán, se ha debatido con mucha intensidad sobre la posibilidad de calificar *el principio de igualdad como un verdadero derecho subjetivo* - y así, finalmente, lo ha calificado en alguna ocasión la jurisprudencia constitucional española (STC 49/1982, FJ 2)-¹⁰¹.

Fuera de cualquier debate doctrinal sobre la naturaleza de la igualdad garantizada en el art. 14 CE, lo que tradicionalmente ha protegido el urbanismo español -y también debe realizarlo el filoclimático- *es que a cada propietario le quede garantizada una cierta utilidad individual* al amparo del art. 33.1 CE. Esto es muy distinto de que, al relacionar el art. 14 CE -que proclama la igualdad de todos ante la ley- y el propio art. 33.1 CE, se sostenga *que entre todos los propietarios debe haber necesariamente una utilidad individual igual*. El principal argumento es que la situación y las características naturales de cada propiedad resultan por definición muy distintas y, consecuentemente, la desigualdad es un elemento inherente al propio derecho de propiedad. Ahora bien, el hecho de que la asignación de usos al suelo por decisiones normativas -destinados algunos a redes o sistemas generales de nulo aprovechamiento lucrativo y otros a residenciales con aprovechamientos lucrativos altos- ubica a unos propietarios de un ámbito de actuación urbanística en una situación más ventajosa y lucrativa frente a otros. Esto ha conducido a que las leyes urbanísticas españolas -y sin que sea una exigencia directa derivada de los arts. 9.2 y 14 CE- establezcan *técnicas equidistributivas o indemnizatorias para hacer frente a esta desigualdad patrimonial creada por el planeamiento urbanístico* -la conocida como lotería del planeamiento- (infra pág. 47 y ss.). Antes de la entrada en vigor del planeamiento urbanístico o la asignación de usos, el propietario no tiene derecho a ningún aprovechamiento derivado de su propiedad. Sin embargo, después de la aprobación del planeamiento urbanístico, le corresponde un aprovechamiento subjetivo que es su garantía de igualdad frente a la desigualdad que el planeamiento ha creado entre propiedades de características similares. Las técnicas equidistributivas -inspiradas en el principio de justicia distributiva- tienen, así, como objetivo el aseguramiento de un trato parecido a propiedades que por sus características naturales son similares. Pero más que de una igualdad absoluta, de lo que aquí se trata es de que la propiedad no se trate de forma arbitraria e

¹⁰⁰ JELLINEK, 1905, p. 135.

¹⁰¹ BAÑO LEÓN, 1987, pp. 180 y ss. Igual en Alemania, DÜRIG, Comentario al artículo 3 GG, 1983.

irrazonable y la utilidad individual que deba garantizarse sea similar a otra de naturaleza parecida. Prueba también de lo anterior es que la técnica de distribución de beneficios y cargas, eje vertebrador de todas las técnicas urbanísticas¹⁰², se ha centrado entre propietarios de un mismo espacio de actuación reducido (área homogénea, ámbito de actuación, unidad de ejecución) perteneciente siempre a la misma clase de suelo. La distribución de beneficios y cargas entre clases nunca se ha planteado con seriedad hasta el momento¹⁰³. El urbanismo español y su configuración infraconstitucional está más enfocado hacia una igualdad relativa entre propiedades similares (situaciones jurídicas) que entre todos los objetos de propiedad urbanística con independencia de su ubicación o clasificación.

La STC 164/2001 (FJ 18) admite que está vedado al legislador conceder un trato distinto a personas que se encuentran en la misma situación¹⁰⁴. No obstante, en un juicio concreto de constitucionalidad del entonces vigente art. 13 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (BOE nº 89 de 14.04.1998) (en adelante, LRSV) -que establecía el estatuto jurídico de la propiedad en el suelo urbano diferenciándolo de aquél del suelo urbanizable- estimó que tal diferenciación no trataba de forma desigual a las personas en razón de su condición; no seleccionaba una circunstancia personal o social de los individuos para anudar a ello consecuencias jurídicas diferenciadoras. Para el Tribunal, lo que había allí era una regulación objetiva de la propiedad del suelo al margen de toda condición o circunstancia personal o social. Está claro que la regulación del art. 13 LRSV no excluía que alguna persona pudiera disfrutar de los derechos a completar la urbanización y a edificar en suelo urbano; tampoco se concedían aquellos derechos a ningún sujeto en razón, precisamente, de sus características personales o sociales. Quién sea titular en cada momento de los derechos a urbanizar y edificar en suelo urbano es una circunstancia ajena a los estatutos jurídicos de propiedad que disponen las leyes. Y por lo mismo, no se puede trazar un juicio de discriminación ex art. 14 CE, ya que en el ámbito urbanístico ninguna contravención del derecho a la igualdad (art. 14 CE) se puede localizar en un precepto que carece de toda referencia subjetiva (STC 164/2001, FJ 51).

En el ámbito de la ordenación filoclimática, la declaración por el planeamiento urbanístico de un ámbito de actuación u área homogénea en suelo urbano o urbanizable como filoclimático -en el marco de las leyes urbanísticas que en general incluyen el desarrollo sostenible entre sus objetivos (supra pág. 22 y ss.)- no discrimina, al menos en principio, a concretos sujetos por circunstancias personales o sociales. Lo que en todo caso debe garantizarse, como se ha reiterado en el presente trabajo, es una utilidad individual (económica) suficiente para el propietario de las fincas incluidas en estos espacios y similar a las propiedades de características semejantes. Para esto, las leyes urbanísticas autonómicas acuden al establecimiento de técnicas equidistributivas

¹⁰² BAÑO LEON, 2009, p. 35.

¹⁰³ Crítico con la falta de igualdad en todas las clases de suelo es: DOMÉNECH PASCUAL, 2014, p. 2, en <http://www.uv.es/gadopas/2014.plusvalias.urbanisticas.pdf> (última entrada, el 1 mayo de 2017).

¹⁰⁴ Entre otras: SSTC 75/1983, (FJ 3); 31/1984, (FJ 10); STC 144/1988, (FJ 1); 24/1993, (FJ 3); 181/2000, (FJ 11).

como deberes de los propietarios¹⁰⁵ que intentan conseguir lo propuesto en un ámbito de actuación lo más extenso posible, siempre dentro de una única clase del suelo. Pero estas cuotas de igualdad material son las establecidas a nivel legal y no constituyen parámetros de control constitucional de las cargas urbanísticas filoclimáticas que se impongan.

ii) La exigencia constitucional de motivación de la imposición normativa de las cargas urbanísticas filoclimáticas para la consecución de la igualdad material

Hacer urbanismo filoclimático, asegurando un tratamiento similar a todas las propiedades de características naturales similares que se verán afectadas por las cargas filoclimáticas especiales, es relativamente sencillo en el ordenamiento jurídico español por la sofisticación de los métodos equidistributivos que se han establecido a nivel legal. El sistema urbanístico español se basa en un régimen de propiedad estatutario (art. 11 TRLS 2015). El propietario de una finca ubicada en una determinada clase de suelo y con un uso asignado predeterminado, se vincula, para el disfrute de los beneficios, a la asunción de distintas cargas y deberes –entre ellos, los filoclimáticos-. La progresiva adquisición de facultades, cuando el propietario cumple con los deberes legalmente establecidos según el tipo de suelo que se trate, conduce de forma ineludible a afirmar que el derecho a edificar no forma parte del contenido esencial de la propiedad, sino que sencillamente es un añadido que le da el plan a la propiedad¹⁰⁶. Esta concepción guarda cierta coherencia con el pronunciamiento de la jurisprudencia constitucional que disocia la propiedad del suelo del derecho a edificar (STC 61/1997, FJ 10). Es más, se admite que la facultad de edificar es una creación del plan urbanístico que no solamente condiciona su ejercicio sino que nace a raíz del mismo. El art. 4 TRLS 2015 dispone “[l]a 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”. En este sentido, una propiedad ubicada en suelo rural “filoclimático” destinado al uso agrícola sostenible, no atribuye, en principio, derecho al propietario de esta finca a exigir indemnización. Si se aceptara, por lo contrario, que el derecho de edificar formara parte del derecho de propiedad, como ocurre en Alemania (*Baufreiheit*)¹⁰⁷, la intervención en el ejercicio del derecho de propiedad por motivos filoclimáticos resultaría más complicada. La necesidad de motivar más detalladamente o resarcir al propietario por el condicionamiento del ejercicio de su derecho dominical surgirían, así, con más intensidad.

Es llamativo que en Estados donde el derecho a edificar forma parte del contenido del derecho de propiedad (como Alemania o Estados Unidos), su regulación urbanística no prevé un mecanismo

¹⁰⁵ Arts. 44 y 117 TRLUC; art. 91 LSCAM; art. 51 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (BOE N° 12 de 14.01.2003) (en adelante, LOUA); arts. 25 y 26 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (en adelante, LSUPV).

¹⁰⁶ GALLEGO ANABITARTE, 2006, p. 140.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 1998, pp. 30 y ss.

parecido a la técnica compleja de la equitativa distribución de beneficios y cargas –la denominada equidistribución– para repartir los aprovechamientos diferenciados que resultan de la distinta asignación de usos al suelo, como sucede en España. La explicación está en los muy distintos fundamentos o puntos de partida en los que se basan los diferentes sistemas. Si el plan urbanístico se encuentra frente a un existente derecho a edificar –como en Alemania–, lo imprescindible es justificar mediante una adecuada ponderación de los intereses públicos y privados en juego (*Abwägungsgebot* -mandato de ponderación- impuesto por el *BauGB*) las limitaciones que se imponen a ese derecho preexistente y con protección constitucional. Así, la exigencia de motivación de las decisiones administrativas o planificadoras por declarar un ámbito de actuación como filoclimático o por cargar algunas propiedades con deberes filoclimáticos, resulta más intensiva. El interés filoclimático es en este caso un interés más a ponderar durante la configuración del planeamiento (*BauGB*). El principio de igualdad apenas aparece en este contexto. Lo fundamental es la *justificación y motivación de las decisiones del plan*, que por definición satisfacen las exigencias del principio de igualdad, que no prohíbe tratar desigual a los desiguales, mediando una justificación razonable. Si, por el contrario, el plan se enfrenta a la nada jurídica (un inexistente derecho a edificar, como en España) parece evidente que tiene que situarse en un primer plano, como fundamental, el respeto al principio de igualdad como parte del derecho de propiedad en ese reparto de aprovechamientos urbanísticos, cargados de deberes filoclimáticos, a los propietarios, que la Administración impone a través del plan urbanístico. La justificación de las determinaciones filoclimáticas del plan -sin estar ni mucho menos excluida- pasa, sin embargo, a un segundo plano, frente al peso capital que se otorga a la igualdad entre propiedades similares en un espacio de actuación predefinido por el planeamiento¹⁰⁸. En los otros ordenamientos jurídicos de análisis, por lo tanto, el peso en el urbanismo no recae sobre un método parecido al de la equidistribución, un proceso exhaustivo y ordenado a la milésima, sino a la apertura hacia la combinación de distintos mecanismos de naturaleza polivalente. La igualdad como principio cae en un segundo plano, frente a la ponderación, la eficiencia y la flexibilidad. El sistema urbanístico español, al final, resulta más estricto que los otros sistemas.

La siguiente cuestión que debe plantearse es si los distintos sistemas urbanísticos son excluyentes y alternativos entre sí, o si, por el contrario, aunque basados en distintos fundamentos, pueden proporcionar una protección más integral del derecho de propiedad configurado de forma filoclimática. Es más, lo que se trata de averiguar es en el marco de qué sistema es más fácil y eficiente hacer urbanismo filoclimático. Parece que la respuesta pasa por *la complementariedad de los sistemas* y su ejecución en las distintas fases de la transformación de la propiedad urbanística. La ponderación como método de contraposición de los intereses públicos y privados y el deber de motivación deben tener lugar en el momento de decisión del planificador de asignar determinados usos filoclimáticos al suelo, convirtiendo algunos de ellos en los predominantes (x metros cuadrados de uso residencial filoclimático en el municipio). La equidistribución se pone en marcha a partir de aquel momento para compensar las diferencias en términos de valoración de las distintas propiedades resultantes.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 1998, pp. 29 y ss.

Ahora bien, dicho lo anterior, cualquier *decisión normativa que imponga cargas filoclimáticas y asegure beneficios diferenciados* a los propietarios cuyos terrenos tengan características similares *debe seguir siendo motivada y razonable*. Y esto es una exigencia constitucional derivada de la combinación arts. 9.2 y 14 CE y la *consecución de la igualdad material* en todos los ámbitos de actividad pública. En este sentido y aunque del principio constitucional de la igualdad no deriva de forma inmediata la obligación del legislador de establecer técnicas equidistributivas a nivel legal, el deber de motivación de las opciones normativas por las que se opta en cada momento - que pueden generar trato desigual entre situaciones subjetivas similares- sigue siendo fundamental e inquebrantable en un Estado social de Derecho. Otra cosa distinta es que si en un nivel posterior el legislador haya optado por configurar en las leyes las técnicas de equidistribución y este deber de motivación se cumple también a nivel legal a través también de las últimas (infra pág. 47 y ss.). En otras palabras, las cuotas concretas de igualdad que se establezcan en el plano de legalidad a través de la estipulación del método de equidistribución no derivan del deber de motivación que se extrae del principio constitucional de la igualdad material. La virtualidad de este último se agota en la obligación de motivar la desigualdad creada por la ley. Si la ley o norma se motiva adecuada y razonablemente, a partir de allí los instrumentos de planeamiento deberán respetar las técnicas equidistributivas en un juicio de aplicación de la ley.

c) Otro escalón adicional en el test como parámetro de legalidad de la intervención filoclimática en el derecho de propiedad: el principio de equidistribución y la adaptación de los coeficientes de ponderación a los objetivos filoclimáticos

Sentadas las bases anteriores debe observarse cómo el sistema urbanístico español (y su mecanismo basado en la igualdad entre propiedades) puede condicionar o solucionar los posibles problemas derivados de la propiedad filoclimática. La equidistribución (justa distribución de los beneficios y cargas derivadas del planeamiento) tiene como finalidad práctica la traducción de la propiedad en una atribución de aprovechamiento urbanístico. Cada uno de los propietarios de suelo -en la medida en que participe en la actuación de transformación urbanística- tiene derecho a que *los beneficios obtenibles y las cargas soportadas tras la ejecución del planeamiento sean proporcionadas* por comparación con los derechos y obligaciones correspondientes a otros propietarios o participantes afectados por la actuación.

En el TRLS 1976, el principio de equidistribución se realizaba solamente dentro de cada ámbito del suelo urbanizable programado. A partir del TRLS 92 su virtualidad se ha extendido dentro de cada área de reparto -en suelo urbanizable o urbano no consolidado-. La consecución de la igualdad a través de la equitativa distribución de cargas y beneficios se centraba en un ámbito de transformación urbanístico más acotado que ha ido ampliándose a la vez que el principio alcanzaba mayor grado de sofisticación¹⁰⁹. Además, la equidistribución, que al principio era

¹⁰⁹ Sobre la técnica de equidistribución y su aplicación en España: SANTOS DíEZ, Y CASTELAO, 2012, pp. 683 y ss.; TEJEDOR BIELSA, 1998a, pp. 39 y ss.; y MENÉNDEZ REXACH E IGLESIAS GONZÁLEZ, 2004, pp. 170 y ss. Sin constituir objeto del estudio de Derecho comparado en el marco del presente trabajo resulta interesante citar el libro de

solamente interna (dentro de un ámbito de actuación o área de reparto), ha ido extendiéndose, bajo la técnica de equidistribución externa, para cubrir más cuotas de igualdad en áreas más grandes (entre sectores de la misma clase de suelo). No obstante, el justo reparto de beneficios y cargas se ha concentrado siempre en el seno de una clase de suelo (urbano o urbanizable), pero no se ha expandido hacia una aplicación de tal principio entre las distintas clases. La realidad ambiental actual impone un replanteamiento de esta técnica y *la posibilidad de su aplicación*, para la internalización de los costes ambientales y urbanísticos de utilización del suelo (externalidades), *entre clases* (suelo urbano, urbanizable y no urbanizable). De esta forma, la búsqueda de la igualdad entre propietarios, tan inspiradora del sistema urbanístico español, encontraría su realización absoluta.

Pues bien, la finalidad de este trabajo no es abordar en detalle las peculiaridades, virtudes y desventajas de este principio fundamental del Derecho urbanístico español, sino relacionarlo con el objetivo de la ordenación filoclimática de usos, principalmente, en suelo urbanizable y urbano.

El ámbito urbanístico se ha revelado, como se ha mencionado anteriormente, como uno de los más difíciles donde conseguir la igualdad relativa entre propiedades siendo este objetivo una meta que el legislador español ha impuesto a sí mismo. La desigualdad deriva: a) de la distinta clasificación del suelo y las distintas cargas y obligaciones de los propietarios en cada clase; y b) de una rentabilidad económica distinta a raíz de la asignación diferenciada de usos entre propietarios de terrenos con la misma clasificación.

El planeamiento, al clasificar y calificar el suelo, ya está definiendo sus posibilidades de carácter objetivo. Define la realidad física y funcional de la construcción que se puede realizar sobre cada terreno y el uso al que se destinará el mismo. La desigualdad de estas posibilidades objetivas que derivan de una decisión administrativa del planificador reclama que se desarrollen técnicas que corrijan tales desigualdades. En el caso contrario, la Administración incurrirá en arbitrariedad o irracionalidad. Estas disposiciones son las denominadas determinaciones objetivas o *aprovechamiento objetivo* o real establecidos en el plan¹¹⁰.

El aprovechamiento objetivo de referencia –ya se llame aprovechamiento tipo o medio según la normativa que lo haya previsto– se ha manifestado insuficiente por sí solo para conseguir la efectiva materialización del derecho a la equidistribución. La explicación reside en que no es infrecuente que dentro de un mismo ámbito coexistan usos o tipologías edificatorias con rentabilidades económicas distintas (usos lucrativos de distinto grado de rentabilidad: residencial, terciario, industrial y usos no lucrativos: espacios verdes, libres, equipamientos dotacionales etc.)¹¹¹.

TEJEDOR BIELSA, (1998b), sobre el Derecho urbanístico francés que aborda también la falta de la técnica de equidistribución en este ordenamiento.

¹¹⁰ SANTOS DÍEZ Y CASTELAO RODRÍGUEZ, 2012, p. 458.

¹¹¹ SERRANO PARDÁ Y PALAU NAVARRO, 2012, p. 16.

En este sentido, el Derecho urbanístico ha introducido una corrección, clave también para la ordenación filoclimática de usos, que son los *coeficientes de ponderación u homogeneización*. Una definición universal de esta técnica no se ha dado hasta el momento. No obstante, algunos de sus caracteres básicos se pueden encontrar en la doctrina, jurisprudencia y leyes urbanísticas autonómicas. Los *coeficientes correctores* –de ponderación u homogeneización– son una técnica urbanística para la concreción del aprovechamiento tipo, cuya aplicación no es obligatoria –para las viviendas de protección pública sí lo es– sino que dependerá de que en el ámbito del sector existan usos o tipologías edificatorias con una rentabilidad diferente¹¹². Su objetivo es suavizar las desigualdades en el aprovechamiento individual que se generan por la diferente calificación, localización etc., que el planeamiento otorga a las distintas clases de suelo. Para el cálculo del aprovechamiento objetivo estos coeficientes constituyen un presupuesto fundamental¹¹³. La introducción de esta técnica en el sistema de equitativa distribución de beneficios y cargas persigue claramente una finalidad: la homogeneización de los distintos usos que el plan atribuye al suelo para alcanzar la igualdad máxima entre los propietarios afectados en un espacio determinado. Es una forma de compensación de las desigualdades patrimoniales causadas por la actuación urbanística.

Los coeficientes de ponderación no son un instrumento de política sectorial (social, ambiental etc.). Algo así podría deducirse por ejemplo del art. 38.3.b) LSCAM que establece que esos coeficientes fijan las relaciones de ponderación u homogeneización entre todos los usos pormenorizados atendiendo a los objetivos urbanísticos perseguidos (por el municipio). La STSJ de Madrid 1209/2007, de 14 de septiembre, ha ido más allá del tenor literal del art. anterior al argumentar que “[l]os coeficientes de ponderación no tienen por qué atender a las relaciones de valor en venta, sino que el propio art. 38.3.b) LSCAM establece que se pueden fijar atendiendo a los objetivos urbanísticos perseguidos” (FJ 4). La aceptación de esta afirmación privaría por completo a los coeficientes de ponderación de su efecto útil y de su propia finalidad, que es la compensación de la propiedad en el proceso de justa distribución de beneficios y cargas. Si el municipio desea más metros cuadrados de usos filoclimáticos o de vivienda social o de zonas verdes, esto es algo que tiene que ponderar en el momento de asignación de los usos, pero no en el momento de asignación de los coeficientes de ponderación. *Estos coeficientes están únicamente dirigidos a compensar las desigualdades patrimoniales y no pueden convertirse en instrumentos de políticas públicas*. La correcta asignación de estos coeficientes pasa por su minuciosa evaluación técnico-económica, teniendo como único criterio el valor del mercado. Por lo contrario, se convierten en cómplices de la arbitrariedad del planeamiento, cuando lo que deben promover es la homogeneización en la asignación de usos de rentabilidad diferenciada.

Así definidos los coeficientes de ponderación, la clave de la compensación de las cargas urbanísticas adicionales que supone la asignación de usos filoclimáticos al suelo o la mayor necesidad de espacios libres y públicos es una cuestión técnica. A la hora de establecer los

¹¹² Art. 74.1 LUV; arts. 38.3 y 39 LSCAM; art. 35.4 LUSPV.

¹¹³ TEJEDOR BIELSA, 1997, p. 80.

coeficientes debe realizarse un estudio económico sobre las inversiones iniciales obligatorias inherentes a la caracterización filoclimática del uso y los beneficios obtenidos en términos de futuro ahorro. En todo caso, un uso filoclimático parece ser menos lucrativo que su homónimo sin las cargas urbanísticas adicionales, lo cual llevaría a la asignación de un coeficiente menor. A modo totalmente ejemplificativo se podría sostener que si al uso residencial de la vivienda plurifamiliar en manzana cerrada se le asigna un coeficiente de ponderación igual al 1, al uso residencial filoclimático plurifamiliar en bloque abierto debería asignarse un coeficiente menor para internalizar los costes filoclimáticos (del orden del 0,7 por ejemplo).

Está claro que en suelo urbanizable/rural la ciudad está todavía por hacer y los propietarios no gozan de derechos adquiridos protegibles por el principio de confianza legítima. En estos espacios, el problema de afectación a la propiedad privada por la asignación de usos filoclimáticos al suelo puede solucionarse mediante una correcta previsión de los coeficientes de ponderación. Lo mismo se puede decir en suelo urbano no consolidado. Así, se internalizan, por un lado, de forma relativamente fácil los costes filoclimáticos adicionales que supone la asignación directa de estos usos al suelo. Por otro lado, se garantiza la igualdad en el urbanismo filoclimático, puesto que las cargas filoclimáticas se distribuyen entre todos los propietarios que participan en el proceso de transformación urbanística.

En suelo urbano consolidado, aun si se admite la posibilidad de equidistribución, el sistema resulta poco eficiente para la incorporación de objetivos respetuosos con el clima. El cambio práctico que supone la intervención planificadora en la realidad existente es muy complicado y la técnica de equidistribución se enfrenta a muchos condicionantes. El principio de igualdad entre los propietarios que deberían asumir las nuevas cargas filoclimáticas en este tipo de suelo puede, sin embargo, garantizarse de forma eficaz sin tener que poner en marcha el mecanismo de equidistribución de nuevo. *La recuperación de las plusvalías* generadas por las nuevas actuaciones urbanísticas se podría hacer *por vía fiscal*. Esta técnica parece más idónea, inmediata y eficaz para la consecución de objetivos filoclimáticos en esta clase del suelo. En este sentido, para que las cargas urbanísticas filoclimáticas que se impongan a esta clase de suelo no afecten a la propiedad y al principio de igualdad, la compensación económica podría alcanzarse o a través de deducciones en el IBI u otros tributos; o a través de la concesión de ayudas públicas siempre bajo las estrictas condiciones que la legislación europea e interna les imponen.

Finalmente, la posible transferencia de aprovechamientos urbanísticos (como los *transfer development rights* en EE.UU. o los TAU en la Comunidad Valenciana (art. 78 LUV) es una técnica alternativa potente para la incorporación de medidas filoclimáticas en las ciudades. Además, permite garantizar el cumplimiento del principio de igualdad en un entorno más amplio puesto que afectaría a los propietarios de todos los suelos, incluso los que tengan que soportar la carga ambiental de tener propiedades en espacios protegidos o suelo no urbanizable. Esta técnica se basa en la creación de un gran mercado de aprovechamientos urbanísticos. La Administración distribuye previamente todos los derechos de aprovechamiento entre todos los propietarios de suelo no urbanizado de un determinado ámbito territorial. A continuación les asigna a título gratuito una cantidad que guarda una relación directamente proporcional con la superficie de los

terrenos de su propiedad. Y, una vez asignados, tales derechos serían libremente transmisibles¹¹⁴. Si alguien quisiera construir, según lo establecido por el planeamiento urbanístico, debería adquirir el número de derechos conforme al volumen e intensidad de la edificación pretendida.

Curioso y hasta un punto inspirador para el ordenamiento jurídico español es que en Estados Unidos, la compensación de los propietarios por las desigualdades relativas que se desprenden del planeamiento urbanístico se resuelven a través de técnicas de carácter negocial entre los propietarios, o entre los propietarios y la Administración: convenios urbanísticos (*development agreements*), instrumentos fiscales (*development fees, mitigation fees, land taxes y special assessments*), porcentajes de aportaciones (*exactions*) y adquisición de suelo o de servidumbres sobre el suelo o la edificación (*purchase of easements o development rights*). No existe una técnica parecida a la equidistribución y lo más similar a ella (pero para un espacio de actuación urbanística muy acotado, igual que en Alemania) es la reparcelación (*Umlegung, subdivision requirements*). De lo que se desprende de lo anterior, es que en EEUU la fiscalidad inmobiliaria no es un mero instrumento recaudatorio. Es una herramienta útil para la consecución de objetivos urbanísticos. Por extensión, también podría utilizarse como instrumento para alcanzar objetivos urbanísticos filoclimáticos. Las contribuciones especiales¹¹⁵ también se usan como formas de *recuperación fiscal de plusvalías y de los gastos de la Administración generados en el proceso de ejecución del planeamiento*. En España algo así podría ser posible a través de la modulación del IBI o los impuestos de compraventa.

3. Conclusiones

1. La lucha contra el cambio climático, tanto en su vertiente de mitigación como de adaptación, es un interés social. También lo es la ordenación del espacio. Los gobiernos locales gozan de competencias suficientes –atribuidas por la legislación sectorial urbanística y medioambiental– para ordenar la ciudad conforme a criterios respetuosos con el clima. Las posibles modalidades de promoción de un modelo urbanístico filoclimático por los gobiernos locales son, mínimamente, dos: la creación específica de nuevos usos de asignación al suelo que incorporen criterios de protección climática (imponiendo cargas de distinta índole a los propietarios como la introducción de la eficiencia energética en la edificación a través de la instalación de paneles solares, sistemas de riego eficientes, aislamientos térmicos etc.); y la ordenación del conjunto de la ciudad conforme a esta categoría de criterios (reserva de espacios para redes de energías renovables o de valorización energética de residuos, carriles bici, prohibición de construcciones previo estudio de inundabilidad etc.). La creación de una nueva categoría de usos combinados junto con la ordenación general de la ciudad conforme a la racionalidad filoclimática suponen un *gravamen directo* sobre la situación patrimonial de los propietarios que deben asumir, por lo

¹¹⁴ DOMÉNECH PASCUAL, 2014, p. 9; BRUENING, 2008, pp. 424 y ss.

¹¹⁵ La constitucionalidad de las contribuciones especiales ha sido puesta de manifiesto en muchas ocasiones por la jurisprudencia siempre que la valoración para su imposición se haya efectuado en el tiempo de materialización de la mejora del inmueble. En este sentido, *Weitz v. Davis*, 4 Ariz. App 209, 1996; *Citizens for underground quality v. Seattle*, 6 Wash. App. 338, 492 P.2d 1071, 1972.

general, los costes adicionales de esta forma de hacer urbanismo. No obstante, también debe admitirse que la *propiedad filoclimática* debe partir en la actualidad de un *concepto dominical amplio y abierto a su configuración socio-ambiental* (función social).

2. En todos estos casos de ejemplos de planificación urbanística filoclimática se restringen varios aspectos asociados al ejercicio del derecho dominical. El propietario no es libre para ejercer su derecho de propiedad de la forma que le parecería oportuna. La intervención planificadora al derecho va, en este sentido, mucho más allá de la tradicional prohibición del uso antisocial del derecho de propiedad. Configura el derecho individual a la propiedad privada partiendo de un fuerte componente socioclimático (función social del derecho en el que se inserta el interés climático). Esta modulación del derecho de propiedad, en mayor medida, sucede por *decisiones administrativas* –por el plan urbanístico y, complementariamente, por las ordenanzas locales-. Su constitucionalidad, dada la *flexibilización de la reserva de ley* en materia de propiedad urbanística y la naturaleza de la actuación, parece difícil de cuestionar siempre que se dé la siguiente condición para poder afirmar el cabal cumplimiento de reserva de ley. La condición reside en que la actuación del planificador se ampare en una habilitación previa legal por muy general que sea esta última. Esta condición, tal y como se ha expuesto, se cumplirá, en gran medida, cuando en la ley se prevean al menos unos mínimos de regulación material y de procedimiento.

3. Aceptado, en principio, el cumplimiento de reserva de ley en materia de planificación urbanística filoclimática, lo siguiente que se ha examinado en este estudio es la *compatibilidad de las medidas urbanísticas que promueven la protección climática con el derecho de propiedad* del art. 33 CE y, complementariamente, con el principio de igualdad del art. 14 CE. Para eso, se ha propuesto un test escalonado que opera en dos niveles. A nivel constitucional, las decisiones normativas filoclimáticas que imponen cargas adicionales a los propietarios, para que quede garantizado el derecho de propiedad del art. 33 CE, deben ser acordes con: a) el “interés general” que normalmente con una motivación suficiente se verá cumplido; b) el principio de proporcionalidad. Para que la medida urbanística filoclimática no constituya una delimitación indemnizable del derecho de propiedad, la carga adicional que se imponga al propietario debe ser idónea, adecuada y estrictamente proporcional a la finalidad perseguida. En este punto, cobra especial relevancia el mandato de ponderación. La peculiaridad de algunas de las medidas filoclimáticas que se imponen al propietario –sobre todo en el ámbito urbano y urbanizable porque determinan la forma en la que debe construirse o renovarse un edificio- reside en que el coste inicial elevado que debe asumirse por el propietario se amortiza a corto o medio plazo por el ahorro energético que se consigue. Como criterio cuantitativo e indicativo que puede guiar el enjuiciamiento de la proporcionalidad de la medida, en el estudio se ha propuesto el 50% del valor de restitución del inmueble inspirado tanto en el deber de conservación en el ámbito administrativo como en el mismo porcentaje que se valora en el ámbito tributario para determinar la confiscatoriedad de una medida; y c) el “contenido esencial” del derecho de propiedad como límite absoluto al legislador y al planificador (art. 53.1 CE). La reconocibilidad del derecho de propiedad a través de la garantía de una mínima rentabilidad económica del objeto de dominio para su propietario es el criterio cualitativo que se maneja para determinar la vulneración del núcleo duro del derecho. En el caso en que la decisión normativa filoclimática

haga irreconocible el derecho de propiedad, según la clase del suelo de la que se trate, - por ejemplo, cuando se asignen usos al suelo que anulan de entrada cualquier rentabilidad económica para el propietario, habría que compensar al propietario (o a través de la puesta en marcha de la institución de la expropiación forzosa, si así lo prevé la norma, o a través del instituto de la responsabilidad patrimonial).

4. Asimismo, es importante que las cargas diferenciadas que se impongan a los propietarios sean acordes con el principio constitucional de igualdad material. Para eso, estas decisiones normativas deben ser razonables y justificadas debidamente como ordena el deber de motivación para que los poderes públicos no incurran en arbitrariedad.

5. De otro lado y a nivel legal, las decisiones normativas filoclimáticas deben ser acordes con el principio de equidistribución orientado a garantizar, entre los propietarios de un ámbito de actuación urbanística, la igualdad relativa. En este sentido, juegan un papel muy importante los coeficientes de ponderación. Su correcta asignación puede, por una parte, conseguir la internalización de los costes adicionales que suponen las medidas filoclimáticas en la construcción y, por otra parte, posibilita que las operaciones se hagan de forma respetuosa con el principio de equidistribución. Asimismo, en el texto se ha hecho referencia a la posible articulación de otras técnicas que pueden dotar con más flexibilidad el ordenamiento urbanístico en aras de la consecución de objetivos respetuosos con el clima. Así, sobre todo, en suelo urbano puede acudir a la recuperación de las plusvalías vía fiscal, a la compensación de los déficits de aprovechamiento urbanístico por bienes de patrimonio público y a la compensación de los propietarios con bonificaciones en los impuestos locales.

4. *Tabla de sentencias*

Tribunal Constitucional

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>
Pleno, 3.8.1983	75/198 3
Pleno, 7.3.1984	31/198 4
Pleno, 19.12.1986	166/19 86
Pleno, 26.3.1987	37/198 7
Pleno, 29.11.1988	227/19 88
Sala 1ª, 12.7.1988	144/19 88
Pleno, 19.10.1989	170/19 89

Pleno, 2.11.1989	178/19 89
Pleno, 21.1.1993	24/199 3
Pleno, 17.3.1994	89/199 4
Pleno, 21.6.2000	181/20 00
Pleno, 11.7.2001	164/20 01
Pleno, 18.11.2004	204/20 04
Pleno, 3.3.2005	48/200 5
Pleno, 5.4.2006	112/20 06

Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>
3ª, 6.6.1990	RJ 1990/4806
3ª, 19.5.1987	RJ 1987/5815
3ª, 6.2.1988	RJ 1988/783

Tribunal Constitucional Federal Alemán

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>
BVerfG-Beschluß, 22.6.1995,	2 BvL 37/91, BStBl. 1995 II, S. 655
BVerfG-Beschluß, 15.1.2006 357/05	1 BvR

Sentencias estadounidenses

<i>Partes, referencia y año de publicación</i>
Charles River v. Warren Bridge, 36 US 420, 1837
US v. Gettysburg Electric, 160 US 668, 1896
Pennsylvania Coal V. Mahon Co., 260 US 393, 1922
Euclid v. Abler Realty Co., 272 US 365, 1926
Nectow v. City of Cambridge, 277 US 183, 1928

Berman v. Parker, 348 US 26, 1954

Citizens for underground quality v. Seattle, 6 Wash.
App. 338, 492 P.2d 1071, 1972

Penn Cent. Transp. Co. V. City of New York, 397,
NYS 2d, 914, NY 1977

Hawai Housing Authority v. Midkiff, 467 US 229,
1984

Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 US 1003,
1992

Weitz v. Davis, 4 Ariz. App 209, 1996

Lingle v. Chevron USA Inc, 544 US 528, 2005

5. Bibliografía

Jorge AGUDO GONZÁLEZ (2011), “Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria o la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 185, pp. 9-47.

Enrique ALONSO GARCÍA (2011), “La gestión del medio ambiente por las entidades locales”, en Santiago MUÑOZ MACHADO, (Director), *Tratado de Derecho Municipal*, 3a edición (1a en Iustel), Tomo II, Iustel, Madrid, pp. 2453-2527.

Enrique ALONSO GARCÍA y Demetrio LOPERENA ROTA (2006), “Medio ambiente local”, en Enrique ALONSO GARCÍA y Blanca LOZANO CUTANDA (Directores), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, pp. 803-826.

Joan AMENÓS ÁLAMO (2016), Reflexiones críticas sobre el mito de la ciudad compacta, *Revista Aranzadi de urbanismo y edificación*, núm. 37, versión en línea.

Luis ARROYO JIMÉNEZ (2006), “Conservación, mejoras y rehabilitación urbanística”, *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 226, pp. 107-138.

José María BAÑO LEÓN (2009), *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid.

--, (2008), “El contenido esencial de la propiedad en el contexto del Derecho europeo”, en Luis MARTÍN REBOLLO (Director), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. II, Justicia de Aragón, Zaragoza.

--, (1991), *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid.

--, BAÑO LEÓN (1987), “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 114, pp. 180-195.

Javier BARNÉS VÁZQUEZ (1996), “El derecho de propiedad en la Constitución Española del 1978”, en Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Coordinador), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 25-66.

--, (1994), Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, pp. 495-538.

--, (1988), *La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Sevilla.

Stefan KLINSKI y Fubio LONGO (2007), “Kommunale Strategien für den Ausbau erneuerbarer Energien im Rahmen des öffentlichen Baurechts”, *ZNER*, núm. 41, pp. 41-47.

Jan D. BONHAGE (2008), *Grund und Grenze*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2008, p. 61.

Ari D. BRUENING (2008), "The TDR Siren Song: The Problems with Transferable Development Rights Programs and How to Fix Them", *Journal of Land Use and Environmental Law*, núm. 23, pp. 423-440.

Christian BUMKE y Andreas VOSSKUHL (2008), *Casebook Verfassungsrecht*, 5ª ed., Beck, Munich.

Martin BURGI (2010), *Kommunalrecht*, 3a ed., Beck, Munich.

Lucía CASADO CASADO (2015), "Las competencias ambientales de las entidades locales: luces y sombras tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 32, pp. 201-283.

Benjamin DAVY (2007), "Was kostet die Leere?", en Jürg SULZER (Director), *Revitalisierender Städtebau. Werte*, Schriftenreihe Stadtentwicklung und Denkmalpflege Band 5, Dresde.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2014), "Las plusvalías urbanísticas en el Derecho urbanístico español. Un sistema de incentivos perversos", <http://www.uv.es/gadopas/2014.plusvalias.urbanisticas.pdf> (última entrada, el 1 de febrero de 2017).

--, (2012a), "Prohibido regar: ¿Expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable?" *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 39-40, 2012, pp. 269-291.

--, (2012b), "Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable", *InDret*, núm. 1/2012.

--, "¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?" *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 389-425.

Günter DÜRIG (1983), "Comentario al artículo 3 GG", en Theodor MAUNZ, Günter DÜRIG, Roman HERZOG (Directores), *Grundgesetz Kommentar*, 6ª ed., Beck, Munich.

Almudena FERNÁNDEZ CARBALLAL (2002), *El urbanismo finalista. A propósito del principio de menor restricción en el derecho de propiedad*, Civitas, Madrid.

Susana GALERA RODRIGO (2016), "Políticas locales de clima: una razón (adicional) para renovar la planificación (¿local?) en España", en Judith GIFREU FONT, Martín BASSOLS COMA y Ángel MENÉNDEZ REXACH (Directores), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en Homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, INAP, Madrid, pp. 475-498.

Alfredo GALLEGRO ANABITARTE (2006), "Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales", *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 225 extra, pp. 119-158.

Gabriel GARCÍA ÁLVAREZ (2013), "Deber de conservación, ruina y rehabilitación", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 15, pp. 73-108.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1996a), "Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva

constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 141, pp. 131-152.

--, (1996b), “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, pp. 69-89.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2011), *Curso de Derecho Administrativo*, 15ª ed., Civitas, Madrid.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Luciano PAREJO ALFONSO, “La ordenación urbanística y el derecho de propiedad”, disponible en <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/25/28-12.pdf> (última entrada, el 1 de febrero de 2017).

Judith GIFREU FONT (2012), *L’ordenació urbanística a Catalunya*, Marcial Pons, Madrid.

Georg JELLINEK (1905), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Mohr, Tübingen.

Javier JIMÉNEZ CAMPO (1999), *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid.

Julian Conrad JUERGENSMEYER y Thomas E. ROBERTS (2007), *Land use planning and development regulation law*, 2ª ed., Thomson west, St. Paul.

Gregory H. KATS (2008), *The Cost and Financial Benefits of Green Buildings*, <http://www.calrecycle.ca.gov/greenbuilding/design/costbenefit/report.pdf> (última entrada, el 1 de febrero de 2017).

Joachim KERSTEN (2008), “Die Verantwortung der Wirtschaft für die Stadtentwicklung”, *Geld und Stadt*, Deutsche Akademie für Städtebau und Landesplanung, pp. 38 y ss.

Hans-Joachim KOCH y Reinhard HENDLER (2004), *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungrecht*, 4ª ed., Boorberg, Stuttgart.

Michael KRAUTZBERGER (2009), *BauGB*, 11ª ed., Beck, Munich.

Fubio LONGO (2009), “Sonnennutzung als Pflicht für Häuslebauer”, *Städte- und Gemeinderat*, núm. 5, pp. 14-16.

Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ (2013), *Urbanismo y derecho de propiedad en Estados Unidos*, Iustel, Madrid.

Hartmut MAUER (2011), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, Munich.

Ángel MENÉNDEZ REXACH y Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ (2004), *Lecciones de Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Montecorvo, Madrid.

Oriol MIR PUIGPELAT (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid.

María del Mar MUÑOZ AMOR y Pilar NAVARRO RODRÍGUEZ (2015), "Medidas locales de lucha contra el cambio climático: especial atención al caso de Andalucía", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 297, pp. 125- 152.

María Astrid MUÑOZ GUIJOSA (2009), *El derecho de la propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Civitas, Pamplona.

Santiago MUÑOZ MACHADO (2010), "Régimen de la propiedad del suelo", *Base del conocimiento jurídico* (online), *Iustel*, Madrid.

--, (1978), "Revisión de planes de urbanismo y modificación de las zonas verdes y espacios libres", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 17, pp. 181-202.

John NOLON y Patricia SALKIN (2006), *Land use*, Thomson West, St. Paul, 2006.

Julia ORTEGA BERNARDO (2013), "Derecho de propiedad y ordenanzas locales: precisiones actuales sobre el fundamento, alcance e intensidad de las normas locales en esta materia", *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 28, 2013, pp. 261-283.

--, (2014), *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid.

Carlos PALAO TABOADA (1979), "La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario", en AAVV, *La Hacienda Pública en la Constitución Española*, IEF, Madrid, pp. 277-320.

Hans-Jürgen PAPIER (1983), "Comentario al art. 14 GG", en Theodor MAUNZ, Günter DÜRIG, Roman HERZOG (Directores), *Grundgesetz Kommentar*, 6ª ed., Beck, Munich.

Luciano PAREJO ALFONSO (2014), "La ordenación territorial y urbanística en los EE.UU. (Parte 2)", *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 292, pp. 13-48.

--, (2013), "La ordenación urbanística en Alemania (Partes I y II)", *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 281, pp. 13-82 y núm. 282, pp. 13-78.

--, (1982), *Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Estudios Derecho público, INAP, Madrid.

--, (1981), "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la STC de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, pp. 169-190.

--, (1979), "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el ordenamiento alemán (Parte III)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 20, pp. 33-56.

--, (1978), "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el ordenamiento alemán (Partes I y II)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 17, pp. 245-274 y núm. 19, 1978, pp. 541-570.

Antonio Enrique PÉREZ LUÑO y Alfonso RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES (1994), "Propiedad privada y herencia", en Óscar ALZAGA VILLAMIL (Director), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo III, Edersa, Madrid, 1994.

Bodo PIEROTH y Bernhard SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, 1999.

Gary PIVO y Jeffrey D. FISHER (2010), *Investment Returns from Responsible Property Investments: Energy Efficient, Transit-oriented and Urban Regeneration Office Properties in the US from 1998-2008*, http://immobilierdurable.umapresence.com/images/2128_uploads/Gary_Pivo___Investment_returns_on_RPI.pdf (última entrada, el 1 de febrero de 2017).

Luis PRIETO SANCHÍS (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.

Fernando REY MARTÍNEZ (1994), *La propiedad privada en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2008), "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española", *Revista de Administración Pública*, núm. 177, pp. 157-194.

--, (2002), "Deber jurídico de conservación y órdenes de ejecución: crisis de la regulación tradicional, nuevas regulaciones autonómicas y algunas propuestas", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, pp. 273-299.

--, (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.

--, SANTIAGO (1998), "Líneas básicas de la legislación urbanística de la República Federal de Alemania", *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 163, pp. 29-62.

Enrique SANCHEZ GOYANES (2000), *La potestad normativa del Municipio español*, Publicaciones Abella/El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN (2012), *Derecho Administrativo. Parte general*, 8ª ed., Tecnos, Madrid.

Ricardo SANTOS DÍEZ y Julio CASTELAO RODRÍGUEZ (2012), *Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos*, La ley, Madrid.

Iñigo SANZ RUBIALES (2014), "Medio ambiente y Administración local: competencias limitadas y sostenibilidad económica", *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 25, pp. 5-12.

Gerd SCHMIDT-EICHSTAEDT (2009), "Zielgrenzwerte für die Wärmedämmung, Energiekennzahlen –Möglichkeiten und Grenzen von Festsetzungen", en Stephan MITSCHANG (Director), *Klimaschutz und Energieeinsparung in der Stadt- und Regionalplanung*, Peter Lang, Berlin, pp. 167-179.

Clara SERRANO PARDÁ y José Manuel PALAU NAVARRO (2012), “Los coeficientes de ponderación en la legislación urbanística valenciana”, *Actualidad Administrativa*, núm. 1, pp. 15-24.

Klaus STERN (1988), “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, p. 261-277.

Ángel SUSTAETA ELUSTIZA (1978), *Propiedad y urbanismo*, Montecorvo, Madrid.

Julio TEJEDOR BIELSA (1998a), *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*, Aranzadi, Pamplona.

--, (1998b), *Un modelo urbanístico alternativo: el Derecho Francés*, Cedecs, Barcelona.

Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (2015), *Expropiación forzosa y beneficiario privado*, Marcial Pons, Madrid.

Francisco VELASCO CABALLERO (2016), *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, IDLUAM, Madrid.

--, (2009), *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid.

Carlos VILLALÓN PRIETO (2009), “Proyección de la propiedad, urbanismo y ordenación del territorio en la última jurisprudencia del TEDH”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, pp. 333-361.