

LA REPARCELACION COMO INSTRUMENTO «PARA CORREGIR SITUACIONES DE ABUSO DE DERECHO». SITUACIONES DE ABUSO DE DERECHO EN EL DERECHO URBANISTICO

P O R

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

Registrador de la Propiedad

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO.—III. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO AL DERECHO URBANÍSTICO.—IV. FUNDAMENTO DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE DERECHO EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO.—V. CARACTERES PROPIOS DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO APLICADA AL DERECHO URBANÍSTICO.—VI. ABUSO DE DERECHO Y DESVIACIÓN DE PODER.—VII. CAUSA DETERMINADORA DE LAS SITUACIONES DEL ABUSO DE DERECHO: 1.º Planes parciales de iniciativa privada. 2.º Licencias.—VIII. VARIEDAD DE SITUACIONES DE ABUSO DE DERECHO: A) *Situaciones de abuso de derecho por parte de la Administración.* B) *Situaciones de abuso de derecho de los particulares.*—IX. SITUACIONES DE ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN: A) *Ideas generales.* B) *Situaciones de abuso de derecho en el ejercicio de prerrogativas públicas:* 1.º Por elección indebida de los sistemas de actuación: a) Elección indebida del sistema de cesión de viales; b) Elección indebida del sistema de compensación; c) Elección indebida del sistema de expropiación. 2.º Por modificación anticipada del planeamiento. 3.º Por inejecución del planeamiento. 4.º En razón al dominio de la Administración sobre bienes incluidos en los Planes de Ordenación.—X. SITUACIONES DE ABUSO DE DERECHO POR LOS PARTICULARES: A) *En la promoción de planes de iniciativa privada:* 1.º Planes de Ordenación de iniciativa privada redactados con intención de dañar, aun sin beneficio propio. 2.º Por el aprovechamiento abusivo de las facultades de edificación mediante una finalidad antisocial. B) *Mediante el aprovechamiento abusivo y ocasional de los Planes de Ordenación redactados por iniciativa pública.* C) *Mediante el ejercicio de la acción pública.*—XI. SANCIÓN DE LAS SITUACIONES DE ABUSO DE DERECHO: A) *Sanción de las situaciones de abuso de derecho en el ejercicio de prerrogativas públicas.* B) *Sanción de las situaciones de abuso de derecho por los particulares.*

I. INTRODUCCIÓN

Las palabras entrecorilladas con las que va encabezado este trabajo son reproducción literal del inciso final del número 2 del artículo 43 del Reglamento de Reparcelaciones, de 7 de abril de 1966, que introducen sugestivamente, aunque de modo parcial por su emplazamiento sistemático y su excesiva simplicidad, el concepto del abuso de

derecho dentro de los esquemas de ejecución del planeamiento urbanístico.

Se trata, quizá, de un aspecto no advertido por la ya extensa doctrina urbanística (1), y que da origen a una confrontación (2) tan normal en este campo, entre instituciones de la Teoría General del Derecho y su aplicación al ámbito del Derecho urbanístico. Aún más interesante es la advertencia, contemplada desde la perspectiva de la reparcelación, que por su incidencia directa sobre los derechos patrimoniales de los afectados por el planeamiento y los pronunciamientos imperativos de éste, tantas consecuencias origina.

Es, en efecto, la reparcelación una de las instituciones de mayor contenido técnico-jurídico aportado por el ordenamiento urbanístico, cuya riqueza y formulación habrá de agradecerse, en cuanto supone, a los redactores de la Ley del Suelo y del Reglamento de Reparcelaciones. A través de ella se ha dado una configuración institucional a un principio general del sistema urbanístico, como es el de la justa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento, mediante la utilización de la técnica de la subrogación real.

Por eso, en atención al fin perseguido y al medio que se emplea, son comprensibles las dificultades derivadas de su realización, lo que no excluye la bondad de la institución.

No siendo objeto de este trabajo el estudio por sí mismo de la reparcelación, ha de ser atendida, en cambio, por la incorporación que representa a su técnica, en cierto modo neutra y abstracta, de un principio de matiz espiritualista como el del abuso de derecho. El análisis de este supuesto, su comprensión sistemática dentro del ordenamiento general y sus consecuencias, son las que se analizarán a continuación.

A su vez, tomando como punto de partida la alusión del Reglamento, lo que va a estudiarse, desde una perspectiva general, y en cuanto sea posible sistemática, es el conjunto de situaciones que dentro del ámbito urbanístico podrían ser calificadas como de abuso de derecho.

De este modo, según se verá a lo largo del trabajo, la cita del Reglamento no es más que motivo de contacto con un tema cuyo plan-

(1) Sobre acción popular y abuso de derecho puede verse el trabajo de Alfonso PÉREZ MORENO en la «Revista de Derecho Urbanístico», titulado *La acción popular en materia de urbanismo*, tomo III, núm. 15, pp. 71 y ss.

(2) LUCAS FERNÁNDEZ, FRANCISCO: *Naturaleza, fines y principios generales de la legislación urbanística. Su influencia en el derecho privado*, «RDU», número 3, p. 13.

teamiento general, ya sea o no a través de la reparcelación, es el que será analizado y estudiado.

II. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

Es bien conocida la evolución de la teoría del abuso del derecho desde sus primeras manifestaciones.

Su origen, en cierto modo contradictorio, surge ya desde el mismo Derecho Romano; como afirma Federico DE CASTRO (3): «En los mismos textos romanos se encuentra base para las supuestas conclusiones. De una parte, el principio liberal absoluto, de que no puede alegarse el daño sufrido frente al que ejercita su derecho (*qui iure suo utitur neminem laedit*). Del otro lado, el principio moral que condena, de modo general, la mala intención (*neque malitiis est indulgendum*) y que no se debe usar mal de nuestro derecho (*mala enim nostri iure uti non debemus*).»

La evolución posterior sufrida tiende a incluir las situaciones de abuso de derecho dentro de los denominados actos de emulación, como límites propios en el ejercicio de los derechos, sancionándose el uso intencionadamente manifiesto del derecho con ánimo de causar un daño y sin propia utilidad.

Al producirse el fenómeno codificador en el siglo XIX, se recibió el concepto liberal del dominio y, por consiguiente, la facultad del propietario para usar de la cosa conforme a su voluntad; principio únicamente contradicho en base a causas excepcionales, mediante una interpretación correctora por parte de los Tribunales, como lo prueba, en España, la sentencia de 7 de noviembre de 1866 que, reconociendo la autonomía del propietario con respecto a su derecho, limita su ejercicio estableciendo que, según la partida III, «develo facer de manera, que non faga daño nin tuerto a otro».

El proceso codificador en el siglo XX, a excepción del Código italiano, recoge ya el abuso del derecho como límite a su ejercicio. Así el Código Civil suizo, el de Rusia y el mejicano, como puede verse con detalle en la obra de Manuel GONZÁLEZ ALEGRE (4).

En España, dentro de la doctrina, es conocida la primera manifestación sobre la teoría del abuso del derecho en la tesis doctoral de

(3) *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, p. 137.

(4) Manuel GONZÁLEZ ALEGRE BERNARDO: *Las relaciones de vecindad*, pp. 129 y ss.

CALVO SOTELO, publicada en el año 1917. A partir de esta fecha aparece recogida en el ámbito del derecho positivo, en el Real Decreto regulador de los inquilinatos del año 1923, en el Decreto de 29 de diciembre de 1931 y antes en el Reglamento Hipotecario de 1915 y en la Ley de Usura (5).

En la reforma del Reglamento Hipotecario por Decreto de 17 de marzo de 1959 se desarrolla la acción de devastación del artículo 117 de la Ley, incluyendo junto a la devastación material de la finca hipotecada su disminución de valor en perjuicio del acreedor hipotecario por la realización de actos jurídicos sobre ella, particularmente de los arrendamientos que el texto contempla. Ello implica, en cierta medida, un supuesto semejante al aquí estudiado, puesto que en ambos casos se utilizan facultades o prerrogativas jurídicas con ánimo de dañar.

Con independencia de otras disposiciones en las que igualmente se cita, ha de destacarse por su importancia la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, sobre el título preliminar del Código Civil, cuya base tercera en su inciso final dice:

«Con iguales criterios se configurará... la sanción de los actos... que impliquen manifiesto abuso o ejercicio antisocial del derecho.»

La formulación legal que se hace, además de dar respaldo legal como principio general del derecho a la teoría del abuso de derecho, recoge fielmente su formulación de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo, a partir de la famosa sentencia de 14 de febrero de 1944, y permite su aplicación a todo el ordenamiento jurídico.

No obstante, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que marcó el punto a partir del cual es recibida la doctrina del abuso del derecho y la que permitió, a su vez, su configuración técnica.

La primera sentencia que abrió paso a esta formulación fue la de 13 de junio de 1942. Después, la más importante del Tribunal Supremo en esta materia, la de 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente CASTÁN, y que ha sido reiteradamente citada en todas las sentencias posteriores que han admitido la tesis del abuso del derecho, entre las que cabe citar las de 17 de mayo de 1957, 22 de septiembre de 1959 y 24 de febrero del mismo año, 4 de octubre de 1961, 10 de mayo de 1960 y 9 de mayo de 1963.

(5) Puede verse una relación indicativa de las normas que han recogido la expresión abuso de derecho en la obra de GONZÁLEZ ALEGRE, citada, pp. 130 y 131.

De todas ellas, puede decirse que la doctrina central está contenida en la de 14 de febrero de 1944, para la cual los elementos esenciales del concepto de abuso del Derecho son:

- a) Uso de un derecho objetiva o externamente legal.
- b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.
- c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva u objetiva (6).

El análisis de la evolución histórica y doctrinal del concepto del abuso del derecho permite encontrar así una línea común que va desde formas subjetivas de responsabilidad, derivadas de la intención voluntaria y manifiesta de causar un daño, a otras formas de carácter objetivo en las que la intencionalidad queda relegada para destacarse, de modo primordial, al tercero dañado en el ejercicio de un derecho, cuando el uso de éste se considera antisocial.

Esta evolución puede advertirse simultáneamente, tanto en el propio ámbito del derecho privado como en el del derecho administrativo y en el del nuevo derecho social.

Así, en el ámbito de las responsabilidades extracontractuales, se establece la responsabilidad por riesgos, cuyo punto de apoyo legal se contiene en los artículos 1905 y 1906 del Código Civil y se desarrolla en la sentencia de 19 de octubre de 1909.

En el Derecho administrativo, el paso de una responsabilidad de la Administración pública basada en criterios subjetivos a formas objetivas de responsabilidad es manifiesta, y su examen comparativo se deduce dentro de las normas positivas del análisis entre el artículo 1906 del Código Civil y el 140 de la Ley de Expropiación Forzosa y 39 siguientes de la Ley sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

La concreción de esta idea puede reflejarse en la siguiente expresión de RODRÁ (7): «La antijuridicidad viene a ser simplemente la violación del llamado límite de la solidaridad.»

(6) Para BARBERO: *Derecho privado*, tomo II, Buenos Aires, 1967, p. 243: «hay que atender únicamente el resultado objetivo del acto, abstrayendo de la intención del agente, y traduciendo, por tanto, la "finalidad" a "efectos" ...la malitia... habrá de entenderse como scientia, conciencia del daño, prescindiendo de la intención, una vez que se prueba el conocimiento».

(7) Citado por LEGUINA VILLA en *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, 1970, p. 136.

Por fin, en el ámbito del Derecho laboral, la responsabilidad objetiva se manifiesta igualmente en los riesgos derivados de los accidentes de trabajo, con independencia por entero de la intencionalidad y como mera consecuencia de la situación de riesgo inherente al trabajo.

Este análisis comparativo en la evolución de las formas de responsabilidad objetiva tiene aplicación en el campo de la teoría del abuso del derecho, no tan sólo cuando éste se manifiesta en las relaciones privadas, sino, incluso, lo que resulta más importante, cuando la situación de abuso de derecho surge de situaciones nacidas en la esfera del Derecho público.

III. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO AL DERECHO URBANÍSTICO

Configurada la teoría del abuso del derecho de la manera expuesta, y aun reconociendo la evolución posterior, que hace olvidar la primera manifestación de la misma como correctora de los actos de emulación, la cuestión se plantea en determinar si propiamente puede hablarse de una aplicación de esta teoría al ámbito del Derecho urbanístico.

Las situaciones jurídicas nacidas del planeamiento urbano presentan unas características peculiares que, inicialmente, parecen oponerse a la concepción del abuso del derecho.

Como notas diferenciadoras podrían deducirse, en efecto, las siguientes:

1.^a Las facultades del Derecho de propiedad, marco principal donde se desarrolla el abuso del derecho, al ser ejercitadas «con arreglo a la calificación urbanística de los predios», según dice el artículo 61 de la Ley del Suelo, quedan fuera de la autonomía de la voluntad.

En virtud de dicho precepto queda configurada la distinción entre la existencia del Derecho subjetivo como tal, cuyo nacimiento, subsistencia y extinción están regulados por la Ley civil y el complejo de las facultades que lo integran y que, cuando de los derechos urbanísticos se trata, están determinados por los Planes de Ordenación, de tal modo que éstos son los que condicionan su extensión, su ejercicio y su limitación (8).

(8) Recuerda esta formulación legal la concepción de los derechos subjetivos de Kelsen en su *Teoría General del Derecho y del Estado*, Editorial Textos Universitarios, Méjico, 1969, pp. 90 y ss.

Por ello, en esta «publicitación» de la propiedad urbana (9), lo que se deduce de la acción del planeamiento no es otra cosa «que una determinada manera de organizar la gestión y explotación de los bienes económicos, a fin de obtener de ellos su rentabilidad óptima y su mayor posible beneficio social».

Queda así un margen mínimo, de origen netamente privado, en la configuración de la propiedad urbana y se contrae todo el ámbito del derecho de los particulares al que resulte de los pronunciamientos de los Planes de Ordenación.

Lo cual se diferencia esencialmente del concepto tradicional del Derecho de propiedad que, al imputar genéricamente al propietario cuantas facultades integran normalmente el dominio, hace depender de su exclusiva voluntad tanto su ejercicio como su inactividad, la oportunidad y la extensión de las facultades realmente ejercitadas, con los solos límites admitidos convencionalmente o, de modo excepcional, por ministerio de la Ley.

Es por ello que ha sido tradicionalmente aplicada la teoría del abuso del Derecho a las relaciones de vecindad, porque en este campo es donde con más frecuencia habrían de producirse tales situaciones.

2.^a El conjunto de las facultades que integran el dominio y que configuran el ámbito de los predios calificados urbanísticamente en un sentido determinado, no solamente constituye una utilidad para sus titulares, sino que entraña verdaderas obligaciones de ejercicio para acomodar la situación de hecho a las previsiones del planeamiento.

Se introduce con ello, dentro del Derecho de propiedad, la función social inherente a toda propiedad urbana, que convierte a su titular no solamente en detentador de una facultad natural del dominio, sino en titular de una facultad de iniciativa para que pueda cumplir con la propia obligación impuesta por los Planes (10).

(9) MARTÍN MATEO: *Penetración pública en la Propiedad Urbana*, núm. 67 de esta REVISTA, p. 13. Este trabajo ha sido igualmente publicado en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», núm. 493, pp. 1229 y ss.

(10) La idea de una función social de la propiedad es hoy casi un lugar común, dice BARASSI, en *Propiedad e copropiedad*, Milano, 1951, p. 258. Sin embargo, dice el mismo autor: «aquella afirmación se limita a señalar simplemente la conclusión de que debe prevalecer el interés general sobre el interés particular». A partir de esta idea no resulta fácil llegar a una solución común. BOLLA dice que la propiedad capitalista cede el puesto a la propiedad función social. De esta manera, continúa, el derecho subjetivo del propietario se transforma en el derecho de poder cumplir íntegramente la propia obligación. Con esto, critica BARASSI, se llega a que el derecho de la solidaridad social vaya sustituyendo al derecho privado del propietario. El sentido exacto que debe darse a la función

Así resulta de la problemática de las obligaciones de edificar y de urbanizar, y las sanciones resultantes de su incumplimiento, que pueden llegar incluso hasta la privación del dominio mediante la expropiación que supone el incumplimiento de la función social (11).

Con esta nota parecen excluirse también las situaciones de abuso de derecho, porque en las relaciones privadas se entiende que hay tal abuso de derecho cuando el titular de un bien lo usa sin beneficio propio relevante; solamente con la intención de dañar a otro o de utilizar su derecho con un fin antisocial. ¿Cabe entonces realmente decir que hay una situación de abuso de derecho cuando el ejercicio del mismo no sólo no constituye una acción de su titular, sino que está obligado a ejercitarlo en beneficio de toda la sociedad y en cumplimiento del deber que impone un documento nacido de una potestad pública, de la cual no participa, y que matiza en todos sus términos el modo y tiempo en que ha de ser ejercitada?

3.ª En una concepción inicial y usual de las situaciones de abuso de derecho, como teoría correctora de los actos de emulación, se atiende primordialmente a un ejercicio abusivo con intención de causar un daño y sin propia utilidad.

¿Puede entonces estimarse que hay abuso de derecho si realmente se tiene una utilidad, bien sea de orden patrimonial o de otro género? ¿Hay abuso de derecho cuando éste se ejerce para obtener un beneficio legítimo e incluso impuesto?

Evidentemente, del conjunto de las notas anteriores podría deducirse que la concepción del abuso del derecho, en su acepción original, no era aplicable a los supuestos del Derecho urbanístico, donde se producen normalmente las circunstancias, antes expresadas, de utilidad, beneficio e imposición.

Sin embargo, diversas razones justifican la utilización del término, según a continuación se verá:

social de la propiedad, según este autor, es que no debe ser una función sino un derecho subjetivo. No lo es porque no lo consiente la razón de ser de la propiedad como señorío y poder dinámico de iniciativa. Lo que se puede dudar, continúa el autor, es que el Estado no deba asistir inerte frente a una gestión antisocial del dominio de los bienes que sean instrumento de producción. Concebir sólo a la propiedad como función, conduce a hacer del propietario obviamente un funcionario.

(11) Con relación a la inclusión de una finca en el Registro Público de Solares respecto de cuya pretensión se había alegado abuso de derecho, el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de marzo de 1971 ha declarado que no hay abuso de derecho ni desviación de poder al solicitarse la inclusión de una finca en el Registro.

1.º La doctrina del abuso del derecho constituye un esquema que, siguiendo las ideas propuestas por CALVO SOTELO, pretende una mitigación de los rigores meramente formales mediante la aplicación de la equidad. Por tanto, ni siquiera tiene una naturaleza jurídica unívoca ni un fundamento único, sino que constituye una filosofía que, según afirma GONZÁLEZ ALEGRE (12), «sólo puede tener la importancia de servir de punto de partida para más actuales teorías».

De este modo queda centrada esta fundamentación en un medio por el cual la moral penetra en el Derecho (13). Son los principios generales del derecho dimanantes de la equidad, la buena fe o el daño para los terceros y para la sociedad, los que marcan el sentido general de esta concepción, según la sentencia de 14 de febrero de 1944.

2.º Siquiera en su versión inicial, el abuso del derecho pretendía causar un daño a tercero, sin beneficio propio; no obstante, Jerónimo GONZÁLEZ (14) reconoce también la utilidad de esta teoría cuando el ejercicio del derecho proporciona alguna ventaja. Parece razonable que si se sanciona con medidas de resarcimiento el abuso del derecho sin propia ventaja, con mayor motivo se producirían idénticas consecuencias si al daño ocasionado al tercero acompaña una utilidad evidente en el actor, indebidamente percibida.

3.º Las consecuencias derivadas del abuso del derecho tampoco son unitarias y expresadas en unos términos idénticos, sino que pueden dar lugar a la ineficacia en el ejercicio del derecho, a la indemnización de daños y perjuicios o a la remoción de las situaciones creadas por aquel ejercicio, como reconoce Federico DE CASTRO.

Todo ello permite abundar, aún más, en la idea de que el abuso del derecho no es una institución configurada técnicamente bajo unos esquemas formales y unas consecuencias determinadas, sino un principio inspirador de derecho general, cuya determinación práctica deberá ser analizada, caso por caso, por los Tribunales, pero que en sí no excluye la aplicación a supuestos no idénticos a los que sirvieran de fundamento en su primera aceptación.

Quizá, por todo ello, la razón última determinante de la utilización del término en el derecho urbanístico pueda ser la de evitar que meras situaciones del azar den lugar a desigualdades onerosas entre fundos vecinos. Sobre esta idea se justifica tanto en la aplicación inicial la

(12) *Ob. cit.*, p. 120.

(13) Federico DE CASTRO, *ob. cit.*, citando a MECEAU, p. 139.

(14) Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil.

doctrina del abuso de derecho como el fundamento último de la institución de la reparcelación.

En relación con ello es conocido, y así se ha expuesto, que donde tuvo su primera aplicación esta teoría fue en las relaciones de vecindad. Pues bien, su traducción en términos urbanísticos se ha centrado en la institución de la reparcelación, que tiene por finalidad primordial repartir equitativamente los beneficios y las cargas del planeamiento.

En razón de todo ello no se ve obstáculo en avanzar un paso más en la aplicación sucesiva de la teoría del abuso del derecho, y permitir su utilización en el ámbito del Derecho urbanístico como único medio para evitar que las meras consecuencias formales del planeamiento den lugar a situaciones de agravio comparativo entre propiedades sometidas a un mismo planeamiento y relaciones entre sí, aun no concurriendo las causas específicamente previstas por la Ley o el Reglamento para la reparcelación.

En este sentido, y con las salvedades anteriores, debe admitirse la utilización de este principio.

IV. FUNDAMENTO DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE DERECHO EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO

Constituye un principio fundamental del sistema jurídico occidental desde el Derecho romano el de la conmutabilidad de las prestaciones, de tal manera que cuando la equivalencia entre ellas falta se instrumentan las medidas correctoras para mantener aquel principio.

Es signo revelador de este principio los preceptos contenidos en el Código Civil respecto a la interpretación de los contratos, y, particularmente, el artículo 1289, en virtud del cual las dudas sobre las circunstancias de los contratos se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos, cuando es gratuito, y en favor de la mayor reciprocidad de intereses, cuando es oneroso.

En los supuestos en que tal equivalencia falte se produce, inevitablemente, un empobrecimiento, seguido o no del correspondiente enriquecimiento en favor de la otra parte.

Por ello, dada la posición amplia que se sostiene en la aplicación de la teoría del abuso de derecho en el ámbito de Derecho urbanístico, tales situaciones provocan, bien un enriquecimiento sin causa o una situación de empobrecimiento del mismo carácter.

En todas las épocas ha sido principio fundamental del Derecho restaurar las situaciones de desequilibrio. Así en el Derecho romano se instauró la llamada *actio in rem verso* para restablecer el equilibrio patrimonial perdido por una atribución indirecta (15).

La peculiaridad del Derecho urbanístico consiste en instrumentar la reparcelación como medio para restaurar también el principio de igualdad de los administrados ante los Planes de Ordenación.

En efecto, conforme al artículo 3, 2, letra b, la competencia urbanística en orden al régimen del suelo tiene por finalidad, entre otras, impedir la desigual atribución de los beneficios y cargas del planeamiento entre los propietarios afectados e imponer la justa distribución de los mismos.

Por consiguiente, allí donde los beneficios o las cargas del planeamiento se aprovechan o soportan insolidariamente, la institución de la reparcelación es el medio arbitrado para corregir tal desigualdad. Consecuentemente, si la utilización abusiva del planeamiento causa un daño a alguna de las partes, aunque proporcione o no ventajas a la otra, primariamente será la reparcelación la que habrá de atender a restablecer el equilibrio.

Aún más, tratándose del sistema urbanístico, las restricciones y cargas impuestas al dominio son configuradas como límite natural al mismo y, por tanto, los sacrificios creados unilateralmente no dan lugar a indemnización alguna por parte de la Administración, sino que únicamente los perjudicados tendrán derecho a solicitar que la carga impuesta se distribuya entre todos los afectados, convirtiéndose la Administración en árbitro de los intereses concurrentes.

De esta manera puede advertirse cómo en el fondo toda situación de abuso del derecho da lugar a situaciones de insolidaridad que producen enriquecimientos o empobrecimientos indebidos. Tales enriquecimientos, por otra parte, adquieren en este ámbito unas peculiares características dada la íntima dependencia que el valor de los bienes urbanísticos adquiere en razón a la zonificación, los usos o el volumen permitido, de tal modo que cualquiera de estos aspectos repercuten sobre el valor efectivo de los bienes produciendo abundantes plusvalías a la hora de su eventual enajenación.

Recíprocamente, las situaciones de empobrecimiento tienen idéntico alcance como consecuencia de la pérdidas de volumen de las fin-

(15) Luis Díez Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen I, p. 75.

cas, usos desventajosos o zonificación que las haga desaprovechables, llegando incluso a ser determinante del valor de ellos las fachadas sobre las vías públicas o su modificación.

Si a ello se une que el planeamiento es instrumento de acción de un Estado de Derecho y, por consiguiente, les son aplicables los principios del mismo, puede deducirse claramente el fundamento que aquí se postula.

V. CARACTERES PROPIOS DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO, APLICADA AL DERECHO URBANÍSTICO

Cuanto se ha expuesto anteriormente permite ya llegar a señalar las líneas generales de aplicación de la doctrina del abuso de derecho al sistema urbanístico, bajo la idea de la adaptación de su concepto inicial y su utilización progresiva para hacer frente a nuevas necesidades sociales surgidas en el tiempo, producto de esquemas radicalmente distintos de los primeros que fueron tenidos en cuenta al formular aquella doctrina.

Se puede llegar así a fijar las notas diferenciales de su aplicación.

1.º El Plan es elemento central del fenómeno urbanístico, y siendo normalmente ajena a su formulación, a nivel de redacción, cualquier preocupación redistribuidora de beneficios y cargas, aparece con carácter dominante en el mismo el de ser, con respecto a los derechos de los particulares, un elemento puramente de azar que con toda probabilidad y normalidad va a originar una real desigualdad entre los propietarios.

Consciente de esta influencia, la preocupación del legislador ha sido siempre instrumentar un medio para redistribuir los beneficios y las cargas derivadas del Plan y, en segundo lugar, provocar un procedimiento para la absorción de las plusvalías dimanantes de la mera calificación de los predios.

En todo caso, pues, por lo que al punto que nos interesa se refiere, el planeamiento constituye la base de partida por la cual se producen situaciones de desigualdad, provocadas o aprovechadas, que pueden dar lugar a un uso indebido del derecho.

2.º Una atribución indebida de beneficios sin contraprestación o una aplicación indebida de perjuicios, sin justa compensación, puede ser el resultado de la aplicación abstracta del Plan; su corrección y

distribución será objetivo primordial para restablecer el equilibrio patrimonial.

Partiendo de la existencia del Plan solamente podrá hablarse de situaciones de abuso de derecho si se atribuyen unos beneficios que en su estructura no están justificados por contraprestación alguna. Del mismo modo, aunque no se obtuviese un beneficio económico directo, si por consecuencia del Plan se causa un perjuicio sin compensación alguna.

Esta segunda nota permite abarcar, por tanto, las dos manifestaciones a las que aludimos más atrás; es decir, tanto el supuesto de que del planeamiento se derive un auténtico derecho, con repercusión en el patrimonio de su titular, como en el caso de que la situación urbanística se limite a causar un daño a otra persona, sin arbitrar medidas compensadoras con independencia de que se persigan finalidades de utilidad particular o general.

3.º La situación de abuso de derecho resultante del Plan crea, por definición, una posición privilegiada de algún sujeto en las relaciones definidas por el Plan mismo.

Si la medida dictada es absolutamente general y afecta a todos los sujetos se tratará de una acción indiscriminada reveladora de una política urbanística general, que no busca una utilidad particular. Y por tanto, ante ella no cabe hablar de situaciones de agravio por desigualdad ante las cargas públicas.

Por consiguiente, las situaciones de abuso de derecho se caracterizan porque los resultados del Plan originan una utilidad o un perjuicio medible en favor o en contra de personas o entidades determinadas, aunque sea la sociedad la que se beneficie de tal medida particular.

Aparece así investido el beneficiado por el Plan de una apariencia de legalidad que justifica su intervención, sus pretensiones concretas o su oposición a un acto determinado.

Pero al nacer todas estas situaciones de un Plan, la presunción de validez de los actos administrativos confieren una legitimidad formal al beneficiado por ellos.

4.º Las medidas del planeamiento afectan patrimonialmente a unos bienes determinados.

El planeamiento constituye el estatuto jurídico del suelo, configura su extensión y hace oponible sus limitaciones a cualquiera que sea su titular. Es decir, a través de su origen público la calificación del Plan

no se convierte sólo en una carga *ob rem*, sino que mediatiza directamente el propio contenido del Derecho, surgiendo así una especie de propiedad concesional, al menos en su contenido, según el artículo 71 de la Ley.

Los bienes, por tanto, y no sus titulares concretos, son los afectados por tales situaciones, y, por ello, la utilidad de la doctrina del abuso del derecho para resolver las relaciones de vecindad, que es donde tiene su ámbito propio y su aplicación natural.

5.º Las situaciones de abuso de derecho tienden a resolverse inicialmente por la vía de reparcelación, que es el instrumento especialmente impuesto por el legislador para distribuir justamente los beneficios y cargas derivados del planeamiento, según dice la Exposición de motivos de la Ley, en su apartado III, y se deduce de los artículos 81 y siguientes de ella. Es decir, dado el sistema de *numerus apertus* del artículo 4.º, 1, e), del Reglamento, la reparcelación por abuso de derecho es una categoría específica, aunque el artículo 43 donde formalmente se proclama no tenga rango legal, si bien en todo caso sería aplicable como formando parte de los principios generales del Derecho.

En el orden de menor a mayor sanción, subsidiariamente, dará lugar, en la generalidad de los casos, a una acción de resarcimiento y, por fin, si incurre en desviación de poder, lo procedente será la declaración de nulidad del acto. Las distintas hipótesis serán estudiadas en cada caso.

Este planteamiento responde a un principio de economía administrativa de conservación de los actos, manifestado en los artículos 51 y 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin perjuicio de la aplicación última de la nulidad de los mismos, como última posibilidad, según la propia ley citada, el artículo 4.º del Código Civil y sentencias de 19 de octubre de 1954, 28 de enero, 8 de abril de 1958 y 8 de octubre de 1963.

VI. ABUSO DE DERECHO Y DESVIACIÓN DE PODER

La traslación de la doctrina del abuso del derecho al campo del Derecho administrativo ofrece como primera cuestión la de determinar si realmente se trata de instituciones diversas o, por el contrario, si la desviación de poder es el resultado y la traducción en términos de Derecho público de aquella doctrina.

No obstante las indudables analogías, según se verá, entre ambas instituciones, aquí hemos preferido mantener el término abuso de derecho por estar así empleado por el propio Reglamento de Reparcelaciones. Además, la característica fundamental del Derecho urbanístico es, a diferencia del resto del Derecho administrativo, por referirse al suelo de propiedad privada, que puedan ser utilizadas las prerrogativas públicas a instancia de los particulares, o aprovecharse de ellas con independencia del fin del planeamiento y aunque éste en modo alguno incurra en desviación de poder.

MARTÍNEZ USEROS (16) considera que entre abuso de derecho y desviación de poder «hay una relación de género a especie, por la sencilla razón de que si todo lo ilegal es antijurídico, la antijuricidad puede venir determinada por hechos que no sean ilegales». En otros términos, para dicho autor la desviación de poder se centra en la ilegalidad y el abuso de derecho en la antijuridicidad, sea o no ilegal.

Sin embargo, a la hora de concretar estos conceptos hay que reconocer la dificultad que entraña, en los casos de acción por iniciativa pública, distinguir entre abuso de derecho y desviación de poder. No obstante, el mismo autor (17) traza la diferencia señalando que el abuso de derecho consiste en el ejercicio consciente de un derecho subjetivo de consecuencias dañosas para el interés social prevalente. Pero esta comparación de intereses se produce al margen de la legalidad, escapando así de la idea de desviación de poder cuyo núcleo central es la legalidad en sí misma. Dejando para más adelante la crítica de esta posición, lo que realmente puede afirmarse es que ha habido una aproximación evidente entre la teoría del abuso del derecho y la desviación de poder, como puede observarse simplemente enunciando la evolución sufrida por ambos conceptos.

En efecto, el abuso de derecho se centró, en un principio, en la condena de todo acto de inmoralidad subjetiva, resultando como expresión definida de esta posición la doctrina de los actos de emulación. En el progreso de la institución se avanzó hacia formas objetivas de utilización abusiva de los derechos, bastando para justificar esta afirmación con la cita de la sentencia de 14 de febrero de 1944 que comprende tanto la inmoralidad como la antisocialidad del daño, ya se conduzca el autor de forma subjetiva u objetiva. En el mismo sentido la

(16) *Ob. cit.*, p. 123.

(17) *Ob. cit.*, p. 54.

Ley de Bases del título preliminar del Código Civil, de 17 de marzo de 1973.

Paralelamente, también la doctrina formuló, inicialmente, la teoría de la desviación de poder como un instrumento de control de la moralidad administrativa, según la tesis que mantuvieron HOURIOU y LA-FERRIER. Sin embargo, la concepción de la desviación de poder como control de moralidad ha sido completamente superada, según afirma CLAVERO ARÉVALO (18). En efecto, la desviación de poder es un instrumento de depuración de los actos administrativos, a fin de que éstos se ajusten al ordenamiento jurídico.

En este nuevo punto de contacto entre desviación de poder y abuso de derecho, también la doctrina del Derecho privado y la del Derecho público han llegado a una aproximación por cuanto en ambos casos dichas teorías tratan de evitar los actos que sean contrarios al ordenamiento jurídico. JOSSERAND, replicando a PLANIOL, que opuso la conocida tesis de que el derecho termina cuando el abuso comienza, como contradicción insuperable para la teoría del abuso del derecho, expresa que el abuso en sí no consiste en la violación de una norma concreta y particular, sino en la oposición al ordenamiento jurídico en sentido amplio, doctrina expresamente seguida en los considerandos de la sentencia de 14 de febrero de 1944. Y de igual manera la desviación de poder no consiste en una violación específica de un texto legal, sino que es un control de la legalidad del acto derivado de su oposición al ordenamiento jurídico.

De aquí que la visión final de ambas instituciones presente un aspecto tan próximo entre sí, y al abarcar tanto las formas objetivas como subjetivas de inmoralidad o de ilegalidad haga que, prácticamente, sea difícil distinguir entre abuso de derecho y desviación de poder. A lo sumo, en esta primera perspectiva, podría entenderse que en el abuso del derecho se contempla de modo dominante la posición del sujeto dañado, mientras que en la desviación de poder se pone especial énfasis en la violación objetiva del ordenamiento jurídico, con independencia del sujeto perjudicado.

No obstante, la realidad ofrece supuestos en determinados actos y desde luego omisiones de la Administración, que no pueden considerarse desviación de poder puesto que, en el primer caso, constituyen un ejercicio legítimo, obligado y oportuno del poder público.

(18) *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en el núm. 30 de esta REVISTA, pp. 105 y ss.

Tal sería el caso, precisamente, en el ámbito del Derecho urbanístico, de la modificación anticipada del planeamiento nacida de circunstancias nuevas, cuando se alteran presupuestos urbanísticos tan recientemente elaborados que lógicamente puede y debe pensarse en un mínimo de vigencia. Supuesto distinto al de la modificación del planeamiento derivada de una conducta negligente de los servicios públicos, lo que daría lugar a un caso de responsabilidad de la Administración en sentido estricto.

Debe reconocerse que el nuevo planeamiento era la única medida que podía adaptarse ante las nuevas circunstancias aparecidas, pero que con ella se pone en entredicho la seguridad jurídica y la eventual protección a las legítimas expectativas nacidas del Plan anterior, tan recientemente fijadas.

Parece que en tales casos no hay evidentemente una desviación de poder, y puede haber un abuso de derecho si la situación hubiera sido previsible al formalizar el planeamiento modificado.

¿Para tales casos, es posible acudir al criterio diferencial expuesto por MARTÍNEZ USEROS? La formulación de dicho autor parece responder a los conceptos formados por la jurisprudencia de intereses cuyas críticas pueden ser también aquí utilizadas (19).

En efecto, si la determinación del abuso del derecho está en la comparación de intereses, en virtud de qué razones un interés ha de considerarse prevalente a otro. En el caso del derecho público habría además una presunción de preponderancia de los intereses públicos por razón del fin perseguido por la Administración. Además, el abuso de derecho no trata tan sólo de determinar cuál es el interés más protegible sino el evitar las razones contrarias a una norma jurídica o a una norma ética.

En estos términos está planteada la problemática de la comparación entre desviación de poder y abuso de derecho. Con todo, no debe pensarse que es una mera cuestión teórica como lo demuestra el hecho de que mientras la desviación de poder provoca siempre la nulidad del acto, según el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el abuso del derecho no produce efectos tan determinantes, reduciéndose, por lo general, a una cuestión de indemnización y peculiarmente, en el Derecho urbanístico, a uno de los supuestos de reparcelación.

(19) Véase Antonio HERNÁNDEZ GIL: *Metodología de la ciencia del derecho*, 1971. pp. 309 y ss., tomo I.

De igual manera, la desviación de poder tuvo su origen en una diferenciación procesal, porque mientras los derechos subjetivos podían hacerse efectivos a través del recurso de plena jurisdicción, el exceso de poder se instrumentó a base de un nuevo tipo procesal, como era el recurso de anulación instaurado en el Derecho francés a partir de 1864 (20).

Por fin, también por razones procesales, debe destacarse que siempre cabe el recurso de apelación contra las sentencias que versen sobre desviación de poder, conforme al artículo 94,2 de la Ley Jurisdiccional (21).

A la vista de ello pensamos que, con base en la doctrina expuesta y en el artículo 83 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, pueden sentarse las siguientes afirmaciones:

1.º Las figuras de desviación de poder y abuso de derecho se identifican, y queda subsumida ésta por aquélla cuando el ejercicio de las potestades administrativas se hace «para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico». En este caso, ya se considere como abuso de derecho o como desviación de poder, el resultado sería el mismo y, técnicamente, se estaría ante un supuesto de anulabilidad por esta última causa.

Ello ocurrirá normalmente en el caso de actos de iniciativa oficial y, especialmente, en el planeamiento de iniciativa pública del Derecho urbanístico. De esta manera cubrirá toda la actividad dinámica de la Administración manifestada, generalmente, en la producción de actos jurídicos como consecuencia del ejercicio de las prerrogativas públicas igual que en el Derecho privado el abuso de derecho no nace de la adquisición o creación del derecho mismo, sino de su ejercicio.

2.º Se estará ante un supuesto de abuso de derecho, en relación con los actos de la Administración a los que no se adapte la definición legal del artículo 83 de la Ley jurisdiccional o la doctrina legal de la Jurisprudencia de los Tribunales, por no suponer una infracción del ordenamiento jurídico siempre, en cambio, que se den las circunstancias definidoras del abuso de derecho expuestas también por la doctrina y la jurisprudencia, fijadas en la sentencia de 14 de febrero

(20) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, 2.ª edición, 1964, tomo I, pp. 328 y ss.; MARTÍNEZ USEROS, *ob. cit.*, p. 91, y el mismo autor en la voz *Desviación de poder*, «Enciclopedia jurídica Seix».

(21) Véase GARCÍA-TREVIJANO, en *Acotamiento cualitativo de la pretensión contencioso-administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente*, en el número 38 de esta REVISTA, p. 9, y CLAVERO ARÉVALO en el trabajo citado.

de 1944. Es decir, bien para el control de la moralidad o para impedir resultados antisociales, con esta matización: La de que no se trate de supuestos de responsabilidad de la Administración, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en los que se estaría ante un caso típico de responsabilidad protegido «por una específica prerrogativa jurídica», según la terminología de la sentencia de 14 de febrero de 1944.

3.º Igualmente se estará ante situaciones de abuso de derecho cuando éstas se produzcan por omisiones o inactividad de la Administración, causante de un daño patrimonial, bien sea aquella acción consecuencia también de una posición intencional o de una mera dejación de funciones, siempre que carezca el sujeto dañado de la potestad de exigir el comportamiento primario de la prestación debida de la Administración pública. Es quizá, en este apartado de inactividad de la Administración, donde mejor pueden observarse situaciones de abuso de derecho, puesto que al no existir actos positivos no puede conformarse como desviación de poder que exige en todo caso un acto de la Administración.

4.º Por fin, cuando en el resultado de la acción de la Administración se producen situaciones concretas, que ingresan definitivamente en el patrimonio de los particulares, o, incluso, se provocan por éstos, se está ante supuestos de situaciones de abuso de derecho, tal como las contempla el derecho privado, y su consideración puede hacerse, no tan sólo bajo las formas objetivas, sino también por razón de la iniciativa particular, bajo puntos de vista subjetivos.

Esto nos permite utilizar la doctrina del abuso de derecho en el ámbito del planeamiento urbanístico, cuando los pronunciamientos de los Planes de Ordenación dan origen a situaciones injustas, de las que resultan dañados los sujetos afectados por el Plan. En ellas, el ejercicio de las potestades administrativas no es causa del nacimiento de los derechos, pero determinan su contenido, como consecuencia de la dependencia que el ámbito de los derechos privados tiene respecto de los Planes de Ordenación en la determinación de su extensión y contenido.

Esta evolución de formas subjetivas y objetivas de situaciones de abuso de derecho, será la que permitirá trasladar al ámbito del derecho urbanístico las que se produzcan en la realidad, como consecuencia de Planes de Ordenación abusivamente creados, o de situaciones objetivas usadas indebidamente en perjuicio de los particulares.

VII. CAUSA DETERMINADORA DE LAS SITUACIONES DEL ABUSO DE DERECHO

Al llegar a este punto, y antes de entrar en las distintas hipótesis que, en nuestra opinión, se ofrecen en el Derecho urbanístico como situaciones de abuso de derecho, parece conveniente precisar qué género de actos son los que pueden dar lugar a dichas situaciones.

Si se precisa adecuadamente este tema resultará más fácil determinar en lo sucesivo aquellas situaciones.

La pretensión no es, sin embargo, sencilla, puesto que en el centro de la misma se halla situado todo el planteamiento del régimen jurídico diferenciador entre actos discrecionales y actos reglados, y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

Con anterioridad a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en la doctrina se vino insistiendo reiteradamente en la imposibilidad de diferenciar netamente los actos discrecionales de los reglados, y la injustificada decisión de excluir aquéllos de la revisión jurisdiccional, toda vez que incluso en los actos discrecionales más típicos no falta nunca un cierto aspecto reglado.

Por fin, la Ley de 27 de diciembre de 1956, haciéndose eco de esta orientación, incluye dentro de la revisión jurisdiccional los actos discrecionales, en virtud de los fundamentos expresados en el número 3 del apartado 4.º de su exposición de motivos.

Trasladado el problema al tema que aquí estamos estudiando, se trata de determinar si las situaciones de abuso de derecho se dan únicamente en relación a los actos discrecionales o también con relación a los reglados, y si, dentro de estos últimos, puede afirmarse igualmente esta nota en los actos de iniciativa pública o los de iniciativa privada.

En la doctrina se ha considerado que las situaciones de abuso de derecho solamente procedían en relación con los actos discrecionales, en razón, al menos, a la libertad de iniciativa de la Administración. MARTÍNEZ USEROS, sin embargo (22), entiende que también los actos reglados pueden ser abusivos si aquéllos se toman en circunstancias tales «que el interés social que se deriva de los actos esté en desproporción con el daño causado». Como ejemplo de ello presenta el supuesto de expropiaciones de terrenos destinados al cultivo agrícola, en los que la ejecución de la expropiación se realiza un mes antes

(22) *Ob. cit.*, pp. 105 y ss.

de la recolección, sin que las obras justifiquen tal perentoriedad en la medida.

Prescindiendo del ejemplo citado, que no se ve, por cierto, como absolutamente reglado, toda vez que la fijación del momento de la expropiación supone una evidente discrecionalidad, sin embargo no parece que deba aceptarse por entero, puesto que cuando el acto es realmente reglado en su integridad, y éste procede de la iniciativa privada, la Administración carece de libertad alguna y sus actos han de producirse automáticamente.

Si, en tales supuestos, los particulares, haciendo uso de la iniciativa privada, aprovechan las situaciones del planeamiento existente para abusar de su derecho, esta situación se produce al margen propiamente del derecho público, y dará lugar a una acción civil de indemnización o, excepcionalmente, en el ámbito urbanístico, a la reparcelación.

Así, pues, allí donde la Administración actúa automáticamente en virtud de una pretensión particular no puede considerarse que el acto en sí pueda ser abusivo; tal sería el supuesto de licencias e, incluso, de Planes Parciales, con algunas reservas, de iniciativa privada.

En estos dos tipos de actos puede advertirse como signo externo de su carácter reglado el que entra en juego respecto de ellos la institución del silencio administrativo positivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales en cuanto de las licencias, y el artículo 32, número 2, de la Ley del Suelo para los planes.

Veremos ambas hipótesis por separado en situaciones que podríamos considerar límite, cuyo enjuiciamiento puede ser dudoso:

1.º *Planes parciales de iniciativa privada*

Su carácter absolutamente reglado, a pesar de la aplicación del silencio positivo, es muy discutible porque si bien es cierto que éstos, únicamente para los casos en que desarrollan un Plan General, ven limitado su alcance en este punto al contenido de los Planes Parciales, existe una cierta libertad de elección que escapa del mero desarrollo del Plan General. Basta para advertirlo el punto relativo a la determinación del volumen que puede ser objeto de sus ordenanzas particulares, según las letras e), de los apartados 1.º y 2.º del artículo 10 de la Ley.

El Plan Parcial, desarrollando el Plan General y ajustándose a él, tiene un contenido reglado en cuanto a la zonificación, pero su aprovechamiento no lo es así y por tanto puede dar lugar a una determinación excesiva de volumen. Cabría acudir, con abundantes ejemplos y casos, a Planes redactados por los Ayuntamientos para enriquecer el suelo de que son propietarios.

2.º *Licencias*

Según una constante jurisprudencia, las licencias sí que son los actos típicamente reglados, pero este carácter ofrece algunas dificultades cuando se ponen en relación concretamente con dos instituciones urbanísticas: el sistema de compensación y la reparcelación, cuando esta última no va embebida en el primero.

En relación con ello se da frecuentemente la figura de las licencias a cuenta, lo que supone una válvula de escape en favor de algunos propietarios para liberarles de las cargas de ordenación y, principalmente, de la tardanza en la elaboración del proyecto de reparcelación. Una de las aspiraciones tradicionales de los propietarios del suelo en estas circunstancias es que la Administración les conceda licencia a cuenta mientras se tramita la constitución de la Junta de Compensación o la aprobación del proyecto de reparcelación.

En esta pretensión no cabe duda de que en la base hay un deseo respetable, puesto que si bien es principio fundamental del sistema el de la justa distribución de las cargas, es evidente que también es connatural al mismo que el planeamiento llegue a ejecutarse lo antes posible mediante el estímulo de las edificaciones.

El problema está en coordinar estos principios para que ninguno de ellos quede definitivamente dañado.

En situaciones de reparcelación la Administración a veces actúa con posiciones antagónicas que pueden ser injustas. En unos casos, denegando la concesión de licencia por el mero hecho de existir causa eventual de reparcelación, aun cuando no esté declarada la zona en tal estado; en otros, concediendo licencias definitivas e, incluso, licencias a cuenta, sin cumplir con los requisitos que establece el artículo 22 del Reglamento de Reparcelaciones.

También es cierto que la suspensión de licencias, declarada la zona en estado de reparcelación, no es automática, según el artículo 27, sino potestativa de la Administración.

¿Qué situaciones se pueden causar, por tanto, teniendo en cuenta lo expuesto? Evidentemente la situación es propicia para verdaderos abusos que deben ser controlados por la Administración. En este punto sería deseable que la Administración considerara la suspensión de licencias en los términos del artículo 27 del Reglamento y 22 de la Ley del Suelo. Excepcionalmente podrían concederse licencias a cuenta siempre y cuando se limite su cuantía y exista un proyecto de reparcelación, aunque no esté aprobado, en el que no esté prevista la adjudicación de cuotas indivisas, al menos sobre la superficie interesada.

Desde el punto de vista de los particulares afectados, el mejor instrumento para evitar la concesión indebida de licencias es, precisamente, solicitar la declaración de zona en estado de reparcelación, con la suspensión de licencias, en forma preventiva; de no hacerlo así se encontrará ante hechos consumados de imposible resarcimiento por la Administración y, por consiguiente, se transformarán en acciones ordinarias de indemnización ante los Tribunales, cuando no ante verdaderas usurpaciones calificables penalmente como tales mediante una aplicación progresiva de la concepción de bien inmueble al volumen edificable.

En el caso del sistema de compensación la solución legal es inequívoca puesto que el principio de solidaridad, al conceder cualquier clase de licencia quedará así roto. Por su propia naturaleza, y en virtud del mandato legal, la compensación excluye cualquier acción individual y somete a todos los propietarios al mismo resultado.

Con todo, las licencias a cuenta, en virtud de las razones prácticas que se han expuesto, podrían ser concedidas, pero para ello la Administración, a fin de controlar dicha solidaridad, habría de hacerlo previo informe favorable de la Junta de Compensación, la cual, por sus propios actos se convierte en órgano de gobierno de la Entidad y de control de los intereses legales en posible fricción con los intereses comunes.

VIII. VARIEDAD DE SITUACIONES DE ABUSO DE DERECHO

Aun cuando, según se ha visto, las situaciones de abuso de derecho, en el ámbito del derecho urbanístico, hacen referencia a relaciones de vecindad y afectan, con carácter real, a determinados bienes, cualquiera que sea su titular, no obstante, la contemplación de situa-

ciones de abuso de derecho exige, como requisito constitutivo, la existencia de una relación comparativa de agravio entre dos sujetos, al menos, distintos, la cual viene determinada en virtud de su titularidad sobre la cosa, de tal manera que el ejercicio del derecho, su actividad o inactividad, se imputa a un sujeto determinado, pero su referencia se hace siempre en relación con el bien de que es titular.

Una idea de alteridad es presupuesto para contemplar las variedades de situaciones de abuso de derecho. No obstante, en la formación del planeamiento la Ley reconoce tanto la potestad de hacerlo por sí misma a la Administración, como la de que ésta apruebe los Planes formados y preparados por iniciativa privada.

En razón de ello, puede servir de criterio de clasificación el análisis de las situaciones de abuso de derecho protagonizadas por la Administración pública y situaciones de abuso de derecho de las que son participes los particulares.

Al primer término de esta clasificación dualista podría oponerse, fundamentalmente, la imposibilidad de que la Administración actúe mediante el ejercicio abusivo de sus prerrogativas. Sin embargo, esta posibilidad teórica ha de ser admitida, y su estudio ha quedado anteriormente reflejado en el dilema abuso de derecho y desviación de poder, con las consecuencias y matizaciones expuestas.

Apuntadas estas ideas, podría señalarse el siguiente cuadro de situaciones de abuso de derecho:

A) *Situaciones de abuso de derecho por parte de la Administración*

A su vez, dentro de ellas, podrían advertirse las siguientes:

a) En relación con sus prerrogativas públicas, bajo el régimen de derecho público:

1.^a Por la elección indebida del sistema de actuación en los Planes de iniciativa oficial.

2.^a Por la modificación anticipada del planeamiento.

3.^a Por la inejecución del planeamiento.

b) En situaciones de derecho privado. Pueden ser las mismas imputadas a los particulares, y que después se analizarán, aunque especialmente pueden darse situaciones de abuso de derecho, y en la práctica ocurre con frecuencia, en la intervención de la Administración como titular de sus bienes para la ejecución del planeamiento.

B) *Situaciones de abuso de derecho de los particulares*

a) En la promoción del planeamiento de iniciativa privada:

1.^a En los Planes de iniciativa privada propuestos con intención de dañar, aun sin beneficio propio.

2.^a Por el aprovechamiento abusivo de las facultades de edificación mediante una finalidad antisocial.

b) En el aprovechamiento abusivo y ocasional de los Planes de Ordenación redactados mediante iniciativa pública.

c) Mediante el ejercicio de la acción pública, reconocida en favor de todos los ciudadanos por el artículo 223 de la Ley.

El cuadro que precede responde, en nuestra opinión, a las situaciones posibles de abuso de derecho, sin perjuicio de que dentro de la clasificación general pueden incluirse ilimitadamente situaciones particulares de abuso. No se trata con él de encerrar sistemáticamente todas las variantes de abuso de derecho, sino de marcar la pauta para la adecuación de las situaciones particulares a los criterios genéricos formados.

Si se recuerda que la doctrina del abuso de derecho, en relación con los actos de emulación, tuvo su origen en una enumeración de supuestos concretos y se insiste en la idea de que es un principio orientador general, basado en la aplicación de los principios generales del derecho, puede convenirse en que la determinación casuística de su presentación constituye una mera anécdota en el juego de las instituciones. Basta por ello con presentar las líneas generales para la inclusión de los diferentes casos que la práctica sugiera.

IX. SITUACIONES DE ABUSO DE DERECHO POR PARTE
DE LA ADMINISTRACIÓN

A) *Ideas generales*

La especial posición jurídica que tiene la Administración pública en el planeamiento urbanístico y los intereses de orden público que los distintos órganos de la Administración tratan de conseguir, pueden producir, de hecho, situaciones anómalas en las que pueda advertirse realmente un abuso de tales prerrogativas.

Concebida, según se ha visto, la teoría del abuso del derecho como derivada de un ejercicio inmoral o antisocial de los derechos subjetivos, la primera adaptación que impone este origen es la de trasladar tal concepto a las prerrogativas de la Administración en relación con los Planes de Ordenación.

Cuando la Administración actúa como poder soberano, lo hace no como titular de un derecho subjetivo, sino en el ejercicio de las prerrogativas inherentes a su soberanía (23). Las necesidades públicas que está obligada a tutelar la Administración sitúa a ésta en una situación preeminente para el logro de aquellos fines, y en tal misión de superioridad sobre los particulares, la Administración pública tiene que estar dotada de unas facultades superiores a las que surgen en el ámbito del derecho privado, y que fundamentalmente derivan de su condición de poder jurídico, lo que equivale a otorgar una presunción de validez a sus actos, y proporciona a sus decisiones el privilegio de ejecutividad de sus propios actos.

La peculiaridad de estas circunstancias hace que los posibles derechos subjetivos de la Administración sean radicalmente distintos a los de los particulares, por lo que, en la propia terminología, ha sido preciso acudir a nuevas expresiones más reveladoras del contenido a aquellas facultades. Así debe hablarse de prerrogativas o potestades públicas, inderogables por voluntad privada, y que al tiempo que constituyen ejercicio del derecho están atribuidas a la Administración para el cumplimiento de sus propios fines o deberes sociales.

La posición preeminente que goza la Administración, aun reconociendo en muchos casos la licitud de los fines que persigue, puede dar lugar a desviaciones en el ejercicio del deber. Así ha sido configurada toda la doctrina de la desviación del poder que, según se ha visto, implica, en la mayoría de los casos, una verdadera situación de abuso de derecho (24).

A título explicativo, a continuación examinaremos algunas de ellas

(23) CLAVERO ARÉVALO, *ob. cit.*

(24) MARTÍNEZ USEROS, *ob. cit.*, p. 105. Dice: «Repárese en la posición privilegiada de la Administración, incluso cuando actúa sometida a las reglas de Derecho privado, y no digamos cuando lo hace como entidad pública y en la actividad discrecional, y se apreciará el interés que la doctrina del abuso del derecho presenta en el régimen de la actividad administrativa.» Menoscabo que, si ocasiona la alteración del equilibrio de intereses de que hemos hablado, podrá dar lugar a que nos encontremos ante un caso de abuso de derecho.

analizando la posición de la Administración en relación con los Planes de Ordenación bien en su momento inicial, bien en su desarrollo o en su extinción.

B) *Situaciones de abuso de derecho en el ejercicio de prerrogativas públicas*

1.º *Por elección indebida de los sistemas de actuación*

El artículo 113 de la Ley del Suelo, en su número segundo, atribuye a los Ayuntamientos u órganos urbanísticos la facultad de elegir el sistema de actuación aplicable.

La jurisprudencia de los Tribunales, al enjuiciar esta facultad, ha convenido de modo unánime en que su decisión es el resultado de un juicio discrecional. Así pueden citarse las sentencias de 21 de enero de 1967, 13 de abril de 1968, 8 de mayo de 1968, 5 de octubre de 1967, 23 de noviembre de 1968 y 16 de febrero de 1972.

Sin embargo, el propio artículo 11 de la Ley señala las motivaciones que han de determinar la decisión municipal, a cuyos efectos cita los siguientes:

- necesidades;
- medios económicos financieros con que cuente,
- colaboración de la iniciativa privada
- demás circunstancias.

La atribución de esta facultad discrecional a la Administración ha sido objeto ya de algunas críticas por la doctrina. Así, DE LOS MOZOS (25) dice que «esta facultad discrecional, conforme a los principios del sistema, tiene—y debiera establecerse con más amplitud y claridad—unos ciertos límites institucionales, ya que han de establecerse según el tenor literal de la propia Ley, en función de las necesidades, medios económico-financieros, colaboración de la iniciativa privada y demás circunstancias».

Más adelante añade: «me parece que habrá que pensar de *lege ferenda* en transformar la facultad decisoria del sistema de actuación de la Administración, al menos por lo que se refiere a los Ayuntamientos en una facultad reglada».

(25) *Sistemas de actuación urbanística*, «Revista de Derecho Urbanístico», número 13, p. 32

GONZÁLEZ PÉREZ alude al mismo problema e incluso utiliza la expresión de abuso excesivo y desproporcionado, aunque referido a uno de los sistemas de actuación: el de expropiación.

Dentro de la doctrina de los actos discrecionales la jurisprudencia ha venido, no obstante, a ponderar los criterios de la decisión de elegir uno u otro sistema. Constituye, de este modo, la doctrina jurisprudencial un intento de señalar los límites máximos y los criterios directores en la elección del sistema.

La posición de la jurisprudencia sobre este punto es discretamente evolutiva, aunque hay que reconocer que se mantiene, primordialmente, sobre la idea de predominio de la discrecionalidad en la elección de los sistemas de actuación.

En este sentido pueden citarse las sentencias del 13 de abril de 1968, 8 de mayo del mismo año, 5 de octubre de 1967 y 24 de abril de 1972, entre otras.

La sentencia de 14 de enero de 1967 muestra un cierto avance, como se deduce de los términos siguientes:

«Si bien es cierto que ... han de ser motivados los actos y resoluciones, es innegable que los acuerdos impugnados en este procedimiento, al no separarse del criterio mantenido en las actuaciones que les preceden y hacerlo suyo expresamente, contiene la correspondiente justificación, que no es otra que la expuesta en los informes y propuesta que acepta, supuesto éste que los excluye de la necesidad de que detallen su motivación.»

La de 19 de enero de 1972 contiene una afirmación significativa al manifestar que la discrecionalidad en la elección del sistema no equivale a la arbitrariedad.

En otro sentido, el Tribunal Supremo ha recibido el juego subsidiario de los sistemas de actuación del artículo 113 de la Ley, al decir que, en defecto de elección expresa, entra en juego el orden legal. Así resulta de la sentencia de 5 de octubre de 1967.

Por último, la sentencia de 3 de mayo de 1971, aunque referida a la limitación de un polígono de actuación, vuelve a insistir en la discrecionalidad técnica que ha de ser reconocida a la Administración para planear y delimitar un polígono de actuación urbanística.

Asimismo, y en el sentido negativo expuesto, merece ser citada la sentencia de 14 de abril de 1972, en cuanto se refiere a la suficiencia

de los medios económicos disponibles para la ejecución del Plan, que, según el Tribunal Supremo, no resulta un obstáculo insalvable, sino convalidable durante la marcha del proceso urbanizador.

La corriente doctrinal predominantemente seguida insiste, no obstante, en reforzar la idea de fiscalización, a fin de determinar si la decisión adoptada ha sido motivada suficientemente y si responde a los criterios enumerados ampliamente por la propia Ley.

Tal criterio se deduce, por ejemplo, del concepto de Adolfo CARRETERO (26) que, con base en la sentencia de 13 de abril de 1966, entiende que el sistema es el modo cómo la cobertura financiera de la obra urbanizadora se pone a cargo de los beneficiarios y la proporción en que las fincas afectadas deben costear las obras de esta clase.

En prueba de las posibles desviaciones, a continuación vamos a analizar algún supuesto que consideramos de abuso de derecho o de desviación de poder, según los casos, en la elección de los sistemas de actuación. Sus consideraciones se harán, fundamentalmente, con respecto a los sistemas de cesión de viales y de expropiación, sin perjuicio de alguna alusión al sistema de compensación que, en la realidad, ha tenido escaso arraigo (27).

A este fin, un esquema inicial de clasificación teórica de los sistemas de actuación nos permitiría llegar a tres especies determinadas:

1.^a Sistemas de actuación individualizada, con independencia de la iniciativa de la que surge y de las formas de gestión. Es el sistema de cesión de viales que sólo subsidiariamente da origen a la reparcelación.

2.^a Sistemas de actuación solidaria, en los que el planteamiento de la situación desde su origen parte de una distribución comunitaria de los beneficios y de las cargas del planeamiento hasta descender a sus últimos detalles por comprender la urbanización e, incluso, en ocasiones, la misma edificación. En estos casos, la reparcelación casi forma parte natural del propio sistema, aunque éstos no acaben con ella, sino que alcance a la urbanización. Es el sistema de compensación

(26) Adolfo CARRETERO PÉREZ: *Sentido actual de la expropiación forzosa urbanística*, «Revista de Derecho Urbanístico», núm. 31, pp. 23 y ss.

(27) NÚÑEZ RUIZ en su *Derecho Urbanístico Español*, pp. 269 y 270, dice: «La admisión en nuestro Derecho del recurso por desviación de poder abre la vía de un posible control jurisdiccional de la potestad planificadora en cuanto a sus fines, esto es, en cuanto a la adecuación de los planes a las exigencias funcionales de la ciudad. de acuerdo con la cláusula general del bienestar público, cláusula que en definitiva constituye el fundamento legitimador de dicha potestad.»

y, en cierto modo, el de cooperación, aunque este último tiende a perder su individualidad.

3.ª Sistemas de actuación pública que excluye la iniciativa privada. Es el sistema de expropiación.

La matización de estos fundamentos permite profundizar en la naturaleza de cada uno y en el fin que está llamado a conseguir.

a) *Elección indebida del sistema de cesión de viales*

Mediante este sistema, la Administración asume por gestión pública la ejecución del Plan, protagonizando la obra urbanizadora a la que están llamados a cooperar, mediante el sistema de contribuciones especiales, artículo 130, los particulares.

Pero el sistema de cesión de viales, con independencia de la ejecución de la urbanización, puede comprender el establecimiento de unas cargas consistentes en las cesiones de los terrenos destinados a viales, parques y jardines. Es cierto que, por remisión del artículo 129, el artículo 116 marca los límites de las cesiones para espacios libres, fijándose en una décima parte del suelo edificable del sector. Sin embargo, el número 5 del artículo 116 prevé también la posibilidad de que se produzcan cesiones desproporcionadas respecto de cada propietario, reconociendo el derecho a solicitar la reparcelación de los terrenos.

El problema se plantea cuando por la extensión superficial de los polígonos a los que se asigna este sistema, y aun cumpliéndose los límites de las cesiones obligatorias, es imposible repartir por reparcelación las cargas entre el resto de los propietarios.

En otros términos, ¿es correcta la elección del sistema de cesión de viales cuando ésta, por su propia configuración, da lugar a que la Administración excluya las compensaciones económicas o cuando es imposible la reparcelación por estar edificado el sector en su mayor parte?

La finalidad de los sistemas de actuación es la de ejecutar los planes de urbanismo, según el artículo 113 de la Ley, por ello habrá de reconocerse la indebida elección de este sistema si por insuficiencia jurídica o económica o por imposibilidad de reparcelación, las cargas creadas son imposibles de repercutir.

La insuficiencia o la imposibilidad constituirán la piedra de toque determinante de la idoneidad o no de la elección.

La insuficiencia, normalmente, vendrá dada por la propia configuración del Plan si al elegir el sistema de cesión de viales prescinde de modo expreso de la financiación, mediante expropiación, al entender que las limitaciones impuestas por el Plan no dan lugar a indemnización, sino únicamente a la redistribución de las cargas. En base de tal argumento, se pretende que no es necesario que la Administración prevea un medio financiero suficiente para la ejecución del Plan. Es decir, a través de un empleo carismático de las palabras sacramentales de la Ley, se pretenden resolver todos los problemas de su financiación.

En segundo lugar, la imposibilidad del planeamiento resulta de la propia estructura urbanística del sector que por sí misma determinará la posibilidad o no de llevar a cabo la reparcelación.

Aún más, puede agravarse este problema si, conforme al artículo 104 de la Ley, se crean unos espacios libres destinados a parques para una mayor extensión territorial, en virtud de la cual se amplían los límites territoriales de aquél, comprendiendo extensiones de terrenos desmesuradas en una proporción máxima ya edificada.

La insuficiencia del sistema y su imposibilidad de ejecución comporta la desviación de poder en el ejercicio de la potestad planificadora, puesto que, de hecho, mediante la simple utilización de tal sistema y por la calificación asignada en virtud de la zonificación elegida, los terrenos calificados como inedificables quedan definitivamente sometidos a esta consideración, impidiéndose incluso la modificación de los mismos para el futuro, o dificultándola a tenor de la Ley de 2 de diciembre de 1963. Frente a la situación de hecho creada, consistente en la calificación del suelo que como carga incidirá directamente en su contenido económico, correlativamente, el sistema de actuación elegido privará a los titulares del suelo, así calificado, de toda posibilidad de resarcimiento por la vía de la expropiación, puesto que la Administración ha descartado la compensación ante la imposibilidad física de llevarla a cabo entre cientos de fincas hipotecarias consistentes en pisos o locales constituidos en régimen de propiedad horizontal (28).

Esta insuficiencia procede de la propia naturaleza de la institución

(28) NÚÑEZ RUIZ en la obra citada, p. 192, muy expresivamente dice: «Los Planes de urbanismo pueden ser causa de una nueva amortización de la propiedad, esta vez de la propiedad urbana. Por eso conviene subrayar que no se debe planear aquello que no se vaya a ejecutar. El urbanismo no debe soñar con sus planes en llevar a cabo la utopía de Tomás Moro o la Ciudad del Sol de Campanella. El urbanismo es también, como disciplina social, el arte de lo posible. Y lo posible, muchas veces, por no decir todas, en el terreno del urbanismo se llama «capital». El urbanismo, como la guerra, se hace con dinero.»

y no es meramente práctica, sino que tiene su fundamento en la naturaleza de los actos dictados. En efecto, cuando la Administración en el ejercicio de su potestad planificadora califica a una finca como inedificable y la sitúa dentro de una extensa zona ordenada y edificada, la utilidad que proporciona no es susceptible de división entre los propietarios afectados, sino que constituye una utilidad pública indivisible para la ciudad entera, lo que constituye justamente el fundamento del impuesto y la procedencia de utilizar la expropiación como instrumento de actuación común para el paso del dominio privado al dominio público, sin las limitaciones dimanantes del sistema urbanístico.

No se excluye, por tanto, la posibilidad de que la Administración califique al suelo como inedificable; lo que se combate es que mediante un abuso de su poder o de una desviación del mismo, amortice unos bienes sin resarcimiento alguno y sin posibilidad ulterior de modificación.

De aquí la conclusión de que la elección del sistema de cesión de viales tenga que hacerse en función de los propósitos del Plan y de los medios con que se cuenta. Cuando con olvido de éstos se propone a la Administración la ejecución de un Plan de alcance desmesurado, se induce a un error sustancial a la Corporación que así lo acuerde, incidiendo en un vicio de nulidad por su trascendencia en la formación de la voluntad autora del acto.

A esta conclusión no puede oponerse que siempre la Administración podrá acudir al ejercicio de la potestad expropiatoria recogida en el artículo 52 de la Ley, como remedio subsidiario ante la insuficiencia estructural del sistema de cesión de viales. La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1972 dice:

«...que la declaración de utilidad pública del fin de la expropiación no puede concebirse como una cobertura abstracta bajo la cual pueda la Administración escoger a su arbitrio y al margen de toda garantía el fin que tenga por conveniente, aunque éste sea en sí mismo portador de interés público o social, sino como una concreta designación de un fin o fines específicos que habilita únicamente para ejercer la facultad expropiatoria que vaya encaminada a su exclusiva realización...» (número 70 de esta REVISTA, p. 292).

A ello, por otra parte, se opondría el artículo 4.4 del Reglamento de Reparcelaciones, según el cual

«...no podrá aplicarse el sistema de expropiación a una o varias fincas de un polígono o manzana, en perjuicio de determinados propietarios y beneficio de los demás, salvo cuando se halle expresamente determinado como sanción por incumplimiento de las obligaciones impuestas en virtud de disposiciones urbanísticas».

También puede estar indebidamente elegido el sistema de cesión de viales cuando, por causa de esta elección, queda roto el principio de solidaridad para la ejecución de los Planes de Ordenación.

Según se observa en el artículo 113 de la Ley, es facultad inherente a los Ayuntamientos u órganos gestores la de elegir el sistema de actuación aplicable a un Plan. Esto no excluye que los particulares, que tomen la iniciativa para la redacción del Plan, conforme al artículo 40 de la Ley, hagan una proposición concreta a la Administración del sistema que deba elegirse. Esta circunstancia no debe oscurecer que quien realmente adopta la decisión es la Administración y, por ello, está obligada a examinar si el sistema propuesto es congruente con la finalidad del Plan.

Un supuesto de incongruencia, que revela una manifiesta desviación, se observa en aquellos casos en que del propio Plan se deduce una actuación solidaria para sectores determinados. Ocurre así, por ejemplo, para Madrid con el Plan General del Area Metropolitana que, en los sectores de remodelación e, incluso, en zonas específicas como son la de la Castellana, obliga a la actuación por manzanas completas «mediante reparcelación con el consentimiento unánime de los interesados».

Prescindiendo de empleo tan anómalo como se hace de la institución de la reparcelación, que, según el Plan General, para estos casos, haría necesario el consentimiento de todos los interesados, lo que equivaldría en razón de su analogía a transformar la naturaleza de la expropiación de ser una institución coercitiva a ser un medio paccionado de ejecutar los Planes, lo cierto es que, por razones urbanísticas, en estos sectores la norma del Plan General impone un principio de actuación unitaria que evite la mixtificación de situaciones contrarias a los intereses generales de la ciudad, en la forma que son contemplados en el Plan General.

Tal exigencia se concreta en una unidad de planeamiento y en una unidad de ejecución, sometida a la voluntad mayoritaria resultante de los sistemas legales establecidos. Tales fines, evidentemente, sólo pueden ser logrados cuando se utiliza el instrumento establecido por la Ley, para hacer efectiva la voluntad mayoritaria, lo que corresponde justamente al sistema de compensación.

Si, prescindiendo de estos fundamentos, la Administración elige o acepta el sistema de cesión de viales queda defraudada la voluntad del Plan General, puesto que rompe la idea de solidaridad, tanto en la formación del planeamiento, como en su ejecución. Es cierto, podría decirse, que mediante la reparcelación pueden corregirse los excesos de la cesión de viales; pero ésta actuará tan sólo con el fin de conseguir unos reajustes de superficies en función de las cargas que se creen, pero no ultima la ejecución del planeamiento mediante la urbanización del sector. Por otra parte, la reparcelación actúa en el sistema de cesión de viales si median las causas legitimadoras previstas por la Ley, lo que puede no ocurrir en casos como el indicado por ser inadvertido para los interesados, dando lugar a la edificación parcial del mismo si no media declaración de zona en estado de reparcelación y, consiguientemente, suspensión de licencias, según el artículo 27 del Reglamento de Reparcelaciones.

Por el contrario, de haberse elegido correctamente el sistema de compensación la solidaridad que impone este sistema sería imposible de lograr si la Administración concediera licencias individuales, porque de hacerlo se haría en contra del propio sistema por la ruptura que introduciría en el principio de solidaridad.

b) *Elección indebida del sistema de compensación*

Según el principio de justicia en la distribución de las cargas debe reconocerse que la elección de este sistema será siempre el que elimine la posibilidad de defraudación a los interesados afectados.

Sin embargo, la ejecución de los Planes de ordenación no queda solamente sometida al principio de la justa distribución de las cargas, sino que es evidente que constituye una meta ideal para la Administración que lo ha aprobado lograr que los Planes se cumplan y que no queden constituidos en una mera aspiración teórica, desencarnada de la realidad; de igual manera, el principio del fomento de la edificación con la institución del Registro Municipal de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa tiende a fomentar la edificación del suelo,

evitando quede en situación indefinida de expectativa la edificación futura de los inmuebles que por naturaleza sean edificables, sin cumplir la función social que el dominio entraña; es lo que en la expresión afortunada de Carceller se centra el derecho y la obligación de edificar.

Por tales razones también puede ser indebido el sistema de actuación cuando, aun cumpliendo el principio de justa distribución de cargas, su elección significa dejar prácticamente sin posibilidades de edificar el sector por las dificultades que entraña la ejecución del Plan en zonas, principalmente, de reforma interior, parcialmente urbanizadas o edificadas y de gran extensión territorial.

Parece oportuno que en estos casos se utilice el sistema de actuación individualizada, que representa el de cesión de viales, si no existen cargas importantes que aportar, y dejando siempre a salvo la posibilidad de que los propietarios afectados puedan pedir la reparcelación.

Una generalización indebida del sistema de compensación que excluya la intervención mayoritaria de los particulares puede producir dificultades grandes de toda clase si se tiene en cuenta que no siempre la Administración tiene medios técnicos suficientes para responder rápidamente a las necesidades planteadas por la ejecución del Plan. Es por ello que debe hacerse una reserva formal sobre el contenido del proyecto de ley remitido a las Cortes, en cuanto a los sistemas de compensación voluntaria y obligatoria, con suspensión de licencias mientras no se aprueba el proyecto de reparcelación.

Si, como el proyecto propone, desaparece el sistema de actuación individualizada que es el de cesión de viales, y el proyecto de compensación o la reparcelación se atribuyen pendularmente, bien a la voluntad unánime de los particulares, bien a la Administración, con la exclusión de aquéllos, fácilmente puede advertirse el peligro de dejar en manos de la Administración, realmente no preparada todavía en la inmensa mayoría de los municipios españoles, la ejecución de los Planes de ordenación, cuya formación, lo que constituye una medida digna de ser alabada, resulta obligada si se pretenden construcciones de más de tres plantas.

Si a todo ello se une la suspensión general de licencias, puede adivinarsé fácilmente que o bien la norma es olvidada, con su correspondiente desprestigio y posibles responsabilidades de la autoridad, o

bien si se aplica literalmente habrá de paralizar por mucho tiempo la ejecución de los Planes.

c) *Elección indebida del sistema de expropiación*

Constituye una directriz esencial de la Ley del Suelo, expresada en el número 2 del artículo 4.º, la que podría resumirse bajo la rúbrica de principio de subsidiariedad, en virtud del cual la actuación mediante gestión pública sólo entrará en juego como forma compensatoria de la inactividad privada.

De modo totalmente claro dicho precepto dispone: «La gestión pública suscitará, en la medida más amplia posible, la iniciativa privada, y la sustituirá, cuando ésta no alcanzare a cumplir los objetivos necesarios, con las compensaciones que esta ley establece.»

Partiendo de esta idea y admitiendo la libertad de la Administración en la elección del sistema de actuación, debe estimarse que, como causa legitimadora de tal elección y motivación interna de la misma, ha de advertirse antes de la elección si la iniciativa privada está dispuesta a afrontar la urbanización de un polígono o, por el contrario, la Administración es libre para elegir el sistema prescindiendo de toda consulta previa o posterior a los particulares.

Si ratificamos la idea de que toda elección ha de ser motivada y debe fundarse en las circunstancias expresadas por el artículo 113-2 de la Ley, debe reconocerse que la elección del sistema de expropiación habría de quedar supeditada realmente a la voluntad o no de los afectados.

En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ (29) extensamente se pronuncia en favor del respeto a la iniciativa privada, y José Luis DE LOS MOZOS (30) dice, es como si la Ley «no hubiera tenido confianza en su propio sistema; porque con esto el principio de subsidiariedad, al falsearse la relación entre el poder administrativo y la iniciativa privada, queda desnaturalizado».

A pesar de todo entendemos que, en cierto modo, la Ley ha contradicho, en efecto, el principio de subsidiariedad cuando proclama la obligación, para determinados Municipios, de formar el Patrimonio Municipal del Suelo. Desde el momento en que estos Patrimonios son obligatorios para determinados municipios, con independencia de la finalidad de su creación, habría de reconocerse que la elección del

(29) Véase *Comentarios a la Ley*, pp. 128 y 856.

(30) Véase el trabajo citado de DE LOS MOZOS en la «*Revista Derecho Urbanístico*», p. 33.

sistema de expropiación era la consecuencia del cumplimiento de una obligación legal y, por tanto, está exenta de atender la iniciativa privada.

Podría hablarse, no obstante, por extenso de los que serían principios generales del sistema urbanística y sus frustraciones, y en el examen de cada uno de ellos advertir la diferencia existente entre las aspiraciones legales y la gestión de la Administración. Así, por lo que respecta a los Patrimonios Municipales del Suelo, la realidad ha sido que donde se han formado no ha preocupado predominantemente la idea de la creación del suelo urbanizado, como auténtico programa político. Quizá por la insuficiencia de medios, las buenas intenciones iniciales de los Ayuntamientos quedaron pronto superadas, y de convertirse aquel Patrimonio en un fondo de regulación del mercado del suelo ha pasado a ser un instrumento de autofinanciación, a veces para fines distintos a los puramente urbanísticos, y en el que el principio de lucro ha predominado, principalmente, mediante un lanzamiento lento y esporádico del suelo al mercado, lo que, evidentemente, disminuía su verdadera eficacia.

De acuerdo con este contexto, sí puede hablarse de uso abusivo del sistema de expropiación, y la Jurisprudencia incluso ha tenido ocasión de contrastar la legitimación de la elección con el principio de subsidiariedad.

Así, la sentencia del 23 de noviembre de 1968, reconociendo la aplicación de tal principio, no excluye la eliminación del sistema de expropiación, aunque condiciona el cambio del sistema al hecho de que pida la liberación de la totalidad del polígono.

Con todo, debe cuidarse también la aplicación del principio de igualdad de los administrados cuando la liberación es parcial y responde más bien a propósitos particulares que a una forma íntegra de resolver la urbanización de un polígono entero. No es así extraño que los particulares soliciten la liberación de zonas «limpias» y dejen a la Administración las llenas de problemas sociales.

2.º Situaciones de abuso de derecho por modificación anticipada del planeamiento.

Constituye un motivo de seguridad jurídica el de esperar que los Planes de Ordenación tengan una cierta estabilidad.

Aun cuando la Ley se limita a señalar en el artículo 66 que los Planes tienen vigencia indefinida, no obstante, no señala un tiempo mí-

nimo de eficacia para los Planes. Tan sólo, *a contrario sensu*, del artículo 22 de la Ley podría deducirse que así como acordada la suspensión de licencias de parcelación y edificación no pueden suspenderse otra vez hasta transcurridos cinco años, indudablemente podría estimarse que igual permanencia ha de ser dada para la eficacia mínima de los Planes de Ordenación.

Lo cierto es, sin embargo, que no está expresado taxativamente este criterio.

Ha sido el proyecto de ley remitido a las Cortes el que en el párrafo 2.º del artículo 70 dispone:

«La modificación o revisión de la ordenación de los terrenos y construcciones establecida por los Planes Generales en suelo urbano, por los Planes Parciales, por los Planes Especiales y por los Proyectos de Actuación Urbanística sólo podrá dar lugar a indemnización si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución de los respectivos Planes o Proyectos.»

La propuesta legal, sin embargo, está llamada a producir pocos resultados prácticos, puede dar lugar a reclamaciones estériles frente a la Administración y envuelve un cierto error de concepto sobre los pronunciamientos de los Planes de Ordenación.

Comenzando por este último punto parece oportuno señalar la verdadera naturaleza jurídica de los pronunciamientos del Plan. La zonificación, el volumen y los usos permitidos por los Planes de Ordenación no constituyen verdaderos derechos adquiridos, que ingresan definitivamente en el patrimonio del favorecido por el Plan. Consisten en meras expectativas que se convierten en facultades de edificar si van seguidas de la pertinente concesión de licencias, mientras el Plan está vigente.

Por el contrario, pretender perpetuar los pronunciamientos de un Plan o sus consecuencias económicas cuando la propia sociedad los ha considerado superados mediante su modificación por otro Plan sería tanto como concebirles como verdaderos derechos adquiridos frente a la sociedad entera. Si es ya muy relativa la doctrina general de los derechos adquiridos (31), más aún debe serlo con respecto a las meras concesiones de edificación hechas por la Administración al redactarse los Planes.

(31) Véase Federico DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, 3.ª edic., p. 714.

La expresión «dar lugar a indemnizaciones», utilizada por el proyecto de ley parece referirse a este concepto que ha de ser desechado en el sistema urbanístico. Comparado sistemáticamente con el resto de los conceptos de la Ley se observa que solamente el artículo 70, en su párrafo 2.º, concede un derecho a la indemnización en caso de disminuirse el volumen mínimo edificable por bajo de un metro cúbico por cada cinco metros cuadrados. Es el contenido mínimo reconocido por la Ley al derecho de propiedad y que se impone ser respetado por la misma. Ampliarles a casos distintos implica desnaturalizar el sistema legal.

Con ello no se combate que los Planes de Ordenación tengan que subsistir un mínimo de tiempo en méritos de la seguridad jurídica.

Sin embargo, esta posición no debe descartar la necesidad en que se encuentra muchas veces la Administración, por el vertiginoso ritmo de crecimiento de las ciudades, de dar soluciones a situaciones desconocidas muy poco tiempo antes. Establecer para estos casos, indiscriminadamente, supuestos de responsabilidad es injusto y poco realista.

De aquí que parezca más ajustada la seguridad, proceder del modo siguiente:

1.º Establecer un plazo mínimo de vigencia de los Planes de Ordenación. Dentro de este plazo no debe haber modificación y, por tanto, tampoco indemnización.

2.º Reconocer a la Administración la facultad de dictar medidas concretas, exigidas por las nuevas necesidades, acudiendo a la técnica de expropiación, como, por ejemplo, si resultase necesaria la apertura de nuevas vías, la creación de nuevos espacios libres, etc.

Por lo demás, su consideración particular como eventual manifestación de un abuso de derecho, su exclusión para el supuesto de responsabilidad de la Administración y, en fin, su enlace con el tema de la desviación de poder, han sido analizados más atrás.

3.º *Situaciones de abuso de derecho por inejecución del planeamiento.*

La situación que se contempla en el presente caso es la de aquellos terrenos declarados inedificables en un Plan de Ordenación y que transcurrido con exceso el plazo normal para *su adquisición por cualquiera de los procedimientos legales*, sin embargo, *no llegan a ser realmente adquiridos por la Administración.*

El supuesto encaja en el debatido tema del artículo 56 de la Ley, y podría, a su vez, estudiarse ampliamente bajo el esquema de la responsabilidad o indemnización de la Administración (32).

En efecto, el problema del artículo 56 de la Ley sobre inexecución de los Planes respecto de espacios libres sometidos a expropiación o imposición de servidumbre debe ser, como mínimo, reconducido a las indemnizaciones previstas por el artículo 70, número 2 de la Ley.

Así ha de ser, puesto que la calificación del suelo como inedificable representa el ejercicio de una prerrogativa pública, legítima y autorizada por las leyes, según afirma GARRIDO FALLA (33), que da lugar a un daño no general y que debe ser al menos resarcido para mantener el equilibrio de interés inherente a la acción administrativa y, particularmente, a los Planes de Ordenación.

El Tribunal Supremo ha interpretado, quizá en una sentencia excesivamente benévola, que la iniciativa de la Administración para la ejecución de los Planes queda reservada en su beneficio según las periodicidades que al efecto se marquen (sentencia de 17 de febrero de 1971).

Sin embargo, también en la jurisprudencia se observa una tendencia progresiva hacia la resolución del problema del artículo 56 de la Ley mediante la remisión al tema de las indemnizaciones del citado artículo 70. En apoyo de esta tesis, la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 27 de enero de 1970, que dice:

«Considerando que si el artículo 56, 2) de la Ley del Suelo, como hemos dicho, no arbitra un medio para resolver la tensión entre el interés general de mantener los espacios libres —enérgicamente defendidos por la Ley de 1963— y el interés de los propietarios de obtener un legítimo goce de su derecho; y, por otra parte, en tanto un plan se mantiene en el mundo de lo teórico, en lo que atañe a la Administración, sin traducirlo en un plan realizable, no es el camino que ofrece la demandada una viable solución para esta pugna de intereses, por

(32) Martín Bussols ha tratado también del tema indemnización y responsabilidad administrativas en el Derecho urbanístico en el curso organizado por la «Revista de Derecho Urbanístico», en 1973. De su contenido sólo es conocida la brevísima referencia contenida en el núm. 32 de la Revista, p. 214.

(33) GARRIDO FALLA, según es conocido, diferencia los supuestos de responsabilidad e indemnización en su trabajo *La teoría de la indemnización en Derecho público*, en «Estudios en honor de GASCÓN Y MARÍN», Madrid, 1959, pp. 411 y ss.

fuerza tendremos que acudir a una interpretación —y en lo menester, a una integración—, desde la base firme de los principios y de la normativa inmanente en la propiedad urbana y en la planificación, que facilite una justa solución, y en esta labor surge, como realidades de las que arranque una ulterior consecuencia, por un lado, la del carácter obligatorio y ejecutivo —y, en definitiva, vinculante, tanto para la Administración como para el particular— del plan de ordenación (art. 45), y, por otro, que si bien la ordenación define el contenido normal de la propiedad (art. 61) hasta el punto de que no confiere derecho a indemnización, tiene la propiedad un contenido mínimo (art. 70, 2), cuya reducción comporta indemnización; y, si esto es así, podrá decirse, con fundamento, que la inejecución del Plan, en el plazo en que debe traducirse a la realidad, legitimará a los propietarios para instar de la Administración que no limite la eficacia del plan a su aspecto vinculante para los particulares, sino que le ejecute, y si —como aquí acontece— incumple esta función, podrá recabar la indemnización que cubra la inedificabilidad por bajo del mínimo (arts. 70, 2, y 69, 1, 2.ª), esto es, el valor que dice la Ley del Suelo para los parques (art. 90, 1b).»

En razón de todo ello, una postura excesiva y hasta podría calificarse de indolente de la Administración, durante muchos años, constituye un abuso de derecho por su parte cuando, por razón de ella, quedan sin legítima compensación los bienes calificados como inedificables en los Planes.

Al recoger esta situación no nos estamos refiriendo a un planteamiento previo de un sistema de actuación que implica la amortización definitiva de los bienes y que ha sido estudiado más atrás. Se trata sencillamente de espacios libres perfectamente posibles de adquirir por cualquiera de los medios establecidos por la Ley y que, sin embargo, por inercia, permanecen de propiedad privada sin remover su calificación urbanística.

Cuando se produce esta situación hay un abuso de derecho por la Administración que debe ser compensado acudiendo, como fórmula directa, a la indemnización establecida por el artículo 70 de la Ley;

indemnización independiente de la que corresponde por la justa valoración de los bienes, y que se convierte en una facultad del particular perjudicado por la inactividad administrativa, a fin de solicitar la indemnización correspondiente.

Resolver esta cuestión por el camino de las indemnizaciones tiene la ventaja de excluirse la utilización de la expropiación como derecho potestativo. La facultad de iniciativa para solicitar la compensación del daño se atribuye aquí al particular que puede demandar a la Administración, lo mismo que cuando exige que se le declare a ésta responsable en los supuestos previstos por la Ley.

Dada la naturaleza variable de las soluciones adecuadas a cada situación de abuso de derecho, la correspondiente a este supuesto sería, por tanto, no la de privar de vigencia indefinida al Plan de Ordenación, según ha expuesto en reiterada jurisprudencia el Tribunal Supremo, sino la de que se indemnice debidamente al propietario.

4.º *Situación de abuso de derecho en razón al dominio de la Administración sobre bienes incluidos en los Planes de Ordenación.*

El artículo 30 del Reglamento de Reparcelaciones, en su número 2, dice:

«La superficie de suelo de dominio y uso público municipal existente en la zona a reparcelar se entenderá compensado con los nuevos viales y otros terrenos de dicho carácter resultante de la reparcelación.»

En la interpretación de este precepto la práctica ha admitido dos posiciones divergentes, ambas abusivas; una de ellas procedente de la Administración y otra de los particulares.

Intenta, en efecto, frecuentemente la Administración considerar que sin perjuicio de su derecho a la adquisición, por ministerio de la ley, de los viales nuevos resultantes de una Ordenación, tiene derecho también a exigir que se le pague el valor de los terrenos, antes destinados a viales en el propio sector y que con la transformación urbanística pierden este carácter (34).

(34) La figura jurídica utilizada a estos fines es la que se denomina apropiación, término desconocido en el régimen jurídico vigente y que procede de una transformación defectuosa del vocablo expropiación, aplicado a una situación coercitiva, por la que se impone a los particulares la adquisición forzosa de

En estos casos pretende la Administración que los particulares adquieran, por apropiación, los terrenos de los antiguos viales, pero abonando por ellos un precio que incluso viene a ser el correspondiente a su valor comercial.

Tal pretensión resulta realmente inadmisiblesi en la comparación de las superficies para viales aportados y los recibidos de la nueva ordenación hay un exceso de cargas sobre los particulares en favor de la Administración. Sería un intento de enriquecimiento indebido al que, por otra parte, tantas veces está tentada la Administración ante la insuficiencia para financiar sus presupuestos urbanísticos.

Sin embargo, debe rechazarse, por exigirlo así la interpretación del artículo 30 del Reglamento en relación incluso con el artículo 1.289 del Código Civil.

En cambio, si los nuevos viales son de cuantía inferior a los que resultan aportados en el Plan de Ordenación, parece justo que los propietarios compensen a la Administración por la diferencia, a fin de que no se dé un enriquecimiento indebido a su favor.

Lo mismo debe ocurrir en aquellos casos en los que por la forma de determinación del volumen se compute éste sobre la totalidad de las superficies ordenadas, hasta los ejes de los viales.

X. SITUACIONES DE ABUSO DE DERECHO POR LOS PARTICULARES

A) *En la promoción de planes de iniciativa privada*

1.º *Planes de Ordenación de iniciativa privada redactados con intención de dañar, aun sin beneficio propio.*

La hipótesis a la que nos referimos mediante este enunciado se corresponde con un indebido ejercicio de la facultad de promoción de los Planes de Ordenación por iniciativa privada reconocida en el artículo 40 de la Ley del Suelo.

De acuerdo con esta prerrogativa ha de admitirse la posibilidad de

determinados bienes de las Corporaciones locales. La nota de coercitividad, propia de la expropiación forzosa, se aplica así a las situaciones de derecho preferente de adquisición a que se refieren los artículos 7.º y 100 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales, de 27 de mayo de 1955, que otorga este beneficio a los propietarios colindantes de parcelas no utilizables. No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido el término en alguna sentencia sobre adquisición obligatoria, pero por parte de la Administración y no de los particulares puede verse el dictamen del Consejo de Estado de 20 de mayo de 1966 (expediente 34.722, publicado en el volumen sobre recopilación de doctrina legal 1965-66, p. 186).

que los particulares propusieran determinadas calificaciones de suelo sobre fincas ajenas sin una posibilidad efectiva de realización, mediante los sistemas de actuación previstos por la ley.

La práctica ha dado abundantes ejemplos de que la Administración no depura debidamente las iniciativas particulares para la redacción de un Plan Parcial, y, descuidando no solamente el procedimiento en su tramitación, sino las garantías mínimas exigibles en toda acción privada, somete a terceros, en ocasiones, a consecuencias desfavorables no susceptibles de reparación mediante las medidas de ejecución de los Planes.

Tal sería, por ejemplo, en el caso de que se diese la calificación de espacios libres a unas superficies no edificadas que estuviesen emplazadas en un sector casi en su totalidad edificado.

El remedio para estas situaciones debe venir por la exigencia de las garantías a las que alude el artículo 41.2, e) de la Ley, y la citación a los particulares afectados.

La primera de ellas y su complemento en los modos de garantía de ejecución de la ordenación revela un paralelismo con las formas de garantía de la contratación pública. Así, la exigencia del depósito previo para concurrir a una subasta o concurso es semejante a las garantías del artículo 41, que asegura la seriedad del propósito del promotor.

En cambio, la fianza del adjudicatario de una subasta sería semejante a las garantías de los artículos 135 y 140 de la Ley, respecto de la ejecución de la urbanización por gestión pública o por gestión privada.

En todo caso, la existencia de un proyecto de reforma de la Ley del Suelo debería ser aprovechada para precisar en qué consisten las garantías del promotor, cumplimiento al que alude la Ley, facilitando así el control por la Administración y no dando cauce a los procedimientos de aprobación de iniciativa privada sin cumplir las garantías que la Ley estableciese.

El modo de sanción suficiente para una actuación de este género no resulta fácil de determinar en función de las diversas alternativas que podrían elegirse.

De una parte, la reparcelación en tales casos sería materialmente imposible, lo que impediría acudir a este instrumento. Únicamente, a través de la reparcelación en forma de indemnización sustitutiva,

podría repercutirse la carga consistente en la creación de un nuevo espacio libre mediante su resarcimiento a favor del dueño y a cargo de los dueños de las fincas incluidas en el sector que se beneficiasen con la calificación adoptada. Sin embargo, ha de reconocerse las dificultades para llevar a cabo una medida de este orden. Desde un punto de vista general, la reparcelación sustitutiva está suficientemente regulada en el Reglamento de Organización de Barcelona, y para zonas de extensión superficial no muy amplia es incluso posible de ser utilizada, para lo cual facilitaría en gran medida esta acción la creación de las denominadas Asociaciones Administrativas de Propietarios, que, bajo el eco de las asociaciones para el reparto de las contribuciones especiales a las que se refiere la Ley de Régimen Local, están recogidas en el artículo 136 de la Ley del Suelo.

Ha de potenciarse, cuando sea posible físicamente, la articulación de estas asociaciones y su utilización no solamente para gastos de urbanización sino incluso para el costeamiento de espacios libres. En este sentido nos parece que el proyecto de Ley remitido a las Cortes empobrece el panorama de las asociaciones o entidades urbanísticas colaboradoras respecto de la gama de posibilidades que recoge la Ley vigente.

Si la reparcelación sustitutiva no es posible, la reparcelación material tampoco. ¿Cuál sería entonces la solución?

No siendo posible física o jurídicamente la reparcelación, el único remedio para esta situación de abuso de derecho debe ser el de declarar la ineficacia del Plan en virtud de no concurrir en él todos los requisitos previstos por la ley para ser viable; es decir, al no estar contenidos suficientemente los medios económico-financieros disponibles que han de quedar afectos al cumplimiento del Plan, es evidente que éste no puede llegar a tener efectividad y por consiguiente que carece de los requisitos legalmente establecidos para ello. Esta es la única solución o remedio para eliminar una arbitrariedad de este género, con independencia de la intencionalidad de los sujetos.

2.º Por el aprovechamiento abusivo de las facultades de edificación mediante una finalidad antisocial.

Se contempla aquí una situación, también frecuente, en la que los promotores de un Plan de Ordenación comprenden dentro de una superficie el mismo terreno que ya tuviera su aprovechamiento en un Plan de Ordenación anterior y referido a edificaciones contiguas.

No siempre esta circunstancia se debe a una intención maliciosa de los promotores, sino que responde a hechos independientes de su voluntad, derivados de una indebida delimitación de los polígonos de actuación.

Siendo el volumen una cualidad invisible del suelo, fácilmente se comprende que la edificabilidad de un terreno puede haber sido aprovechada una o más veces en el mismo o en distintos Planes.

La solución a estas situaciones debe venir dada preventivamente por una adecuada delimitación del polígono, que excluya superficies ya ordenadas y tenidas en cuenta para edificaciones contiguas.

En defecto de ello será la reparcelación, según más adelante veremos.

B) Mediante el aprovechamiento abusivo y ocasional de los Planes de Ordenación redactados por iniciativa pública

El supuesto de hecho que se contempla en el presente caso no deriva de ninguna intencionalidad de los promotores del Plan, sino que representa un aprovechamiento no equitativo de las consecuencias del planeamiento ligado, en ocasiones, a las situaciones previas que determinaron una cierta posición de las partes en relación con el proceso planificador.

Como ejemplo típico podría citarse el siguiente:

El propietario de una finca segrega parte de ella para vendérsela a un tercero, afirmando que los linderos de la finca dan en uno de sus puntos cardinales con la calle en proyecto del plan vigente, que, a la sazón, es también propiedad del vendedor. Adquirida la finca, la Administración, por razones de interés público, modifica la calificación urbanística de vial que para el futuro se asignaba a la finca indicada, y lo transforma en parcela edificable, de tal modo que la parcela vendida pierde ya, en uno de sus linderos, las vistas sobre la calle en proyecto, habiéndose lucrado el vendedor, ya que en la determinación del precio fue circunstancia influyente la fachada ahora desaparecida.

Este supuesto no encaja, estrictamente, en ninguno de los casos del artículo 4.º del Reglamento de Reparcelaciones. Sin embargo, no se considera que las causas de reparcelación constituyan un sistema cerrado que excluya la reparcelación por motivos distintos. Uno de ellos es el expresado en el número 2 del artículo 43 del Reglamento,

según el cual la reparcelación tendrá lugar con carácter excepcional para corregir situaciones de abuso de derecho.

Su admisión, aunque incluida sistemáticamente dentro de la reparcelación por normalización de fincas, constituye un avance fundamental en su admisión generalizada para todos aquellos casos en los que una situación semejante se dé.

Ciertamente podría argumentarse que la reparcelación para corregir situaciones de abuso de derecho está emplazada sistemáticamente en el capítulo de la normalización de las fincas. Sin embargo, su aplicación fuera de estos límites resulta absolutamente razonable en cuanto se piense:

1.º Que, según se ha visto, las causas de reparcelación no están taxativamente limitadas en el artículo 4.º del Reglamento.

2.º Que al haberse recogido el abuso de derecho en la normalización de fincas, no se ha hecho por exigencias técnicas particulares de la reparcelación, sino por aplicación, en su aspecto normativo, de un principio general del derecho, aplicable a todo el ordenamiento jurídico según el artículo 16 del Código Civil, por lo que se trata de una mera concreción de la aplicación del principio.

3.º Porque sin necesidad de acudir a una interpretación extensiva, ni a la analogía, dado el carácter directamente normativo de los principios generales del derecho, es absolutamente admisible que se aplique, lo mismo que ha hecho el Reglamento para la normalización de fincas, en cualquier otro supuesto de reparcelación siempre y cuando el abuso de derecho se dé.

C) *Mediante el ejercicio de la acción pública*

Refiriéndose MARTÍNEZ USEROS (35) a la modalidad del recurso de anulación dentro del contencioso-administrativo, descarta que se considere como una verdadera acción popular, en cuyo momento hace algunas consideraciones sobre ella que resulta de interés aquí reproducir. Dice así: la acción popular «perturbaría la buena marcha de los servicios públicos, entorpecería la obra de la Administración y las más de las veces sería un recurso desprovisto de eficacia, ya que los particulares no suelen realizar actuaciones públicas por motivos cívicos, sino por estímulos de interés personal».

(35) *Ob. cit.*, p. 93.

La acción popular vive, en efecto, polarizada entre dos tensiones inevitables. De una parte, dada su verdadera justificación, por ser instrumento para la defensa de la legalidad. De otra, la evidente tendencia a convertirse en acción de chantaje, para la obtención de ventajas económicas a pretexto de reivindicarse la legalidad de los actos (36).

La consideración de la acción pública como una forma de abuso de derecho parece recordar el problema y la justificación de las llamadas condenas en costas y dentro de esta última (37) la llamada teoría de la pena, en virtud de la cual la condena en costas es una sanción punitiva para el litigante que obra de mala fe.

A la réplica dada respecto de esta concepción, según la cual no se sabe cómo puede pensarse la utilización de una institución legal cual es el proceso, podría añadirse, con referencia a la acción pública, la incompatibilidad de ser causa de abuso de derecho al ejercicio de ella cuando resulta triunfante en un proceso.

Porque, en efecto, el ejercicio de la acción pública puede dar lugar, en un ámbito puramente procesal, si concurren las circunstancias del caso, a una condena en costas. Pero si la acción resulta triunfante es evidente que, aun cuando haya sido ejercitada con ánimo de dañar, ninguna posibilidad existe de que el perjudicado tenga posibilidad de solicitar ningún género de indemnización.

Sin embargo, en la realidad de los hechos, no cabe duda de que la acción pública puede ser ejercitada con ánimo de dañar y en el ejercicio evidentemente abusivo de las prerrogativas concedidas por la ley. El remedio frente a estas situaciones no puede ser el característico de la sanción del abuso de derecho, consistente en la indemnización de daños y perjuicios, sino el objetivar al máximo el ejercicio de la acción pública para excluir o cortar cualquier intención dolosa.

Una vez más el jurista tiene que hacer aquí frente al dilema buscando una solución de equilibrio en la que el valor superior de la justicia se armonice con un mínimo de seguridad jurídica (38).

(36) En mi experiencia como asesor jurídico de la Gerencia Municipal de Urbanismo, en comisión de servicio, y la posterior, he conocido cinco casos de acción pública, todos los cuales han terminado en un arreglo económico, salvo uno de ellos en que el denunciante acudió a los Tribunales ante la imposibilidad de llegar a tal acuerdo.

(37) Jaime GUASP: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, pp. 612 y ss.

(38) Véase HERNÁNDEZ GIL en *Función social de la posesión*, Alianza Editorial, 1969, pp. 92 y ss., en donde se destaca la idea de orden jurídico, como superador de las diferencias entre justicia y seguridad jurídica.

La justificación de la acción popular conserva hoy, por supuesto, todo su valor, pero para ser eficaz ha de perfeccionarse su regulación a fin de evitar dos de sus más graves inconvenientes, como son:

a) La indeterminación en cuanto al tiempo para su ejercicio. Es decir, la fijación de días a quo, determinante de la vigencia del plazo para su ejercicio.

b) Su permanencia, con independencia de la voluntad del promotor de ella.

De estos dos puntos, el primero de ellos manifiesta efectivamente, la incertidumbre sobre el plazo para su ejercicio. Supuesto que toda acción tiene un plazo para ser ejercitada, que no es otro que el fijado por la Ley para su interposición en vía administrativa, ¿a partir de qué momento ha de iniciarse?

Dos posiciones se barajan en la práctica: la fecha del reconocimiento de la infracción y la fecha de publicación del acto. Ambas, no obstante, presentan deficiencias. La primera porque dejaría prácticamente indeterminado este momento, sometido a una laboriosa prueba del conocimiento efectivo o posible de la infracción, y la segunda por causa de la real y evidente ignorancia de los medios de publicidad oficial, principalmente en las grandes ciudades (39).

El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de febrero de 1967, parece distinguir entre el ejercicio de la acción pública por quien sea parte en el expediente, los cuales sólo podrán hacerla efectiva desde la fecha de la notificación, y su ejercicio por terceros en cuya circunstancia el cumplimiento o incumplimiento de los planes no es posible que se conozca hasta que surja la inobservancia y se contemple por cuantos posean la acción pública.

La distinción teóricamente es interesante, pero en la práctica no tendrá mayor relieve, ya que en los casos de licencia, por ejemplo, el expediente se forma unilateralmente, sin que participen normalmente terceros, y, aun en el caso de los Planes de Ordenación, los partícipes en el procedimiento de su aprobación pueden resultar afectados por vicios en su ejecución, posteriores a aquél.

De aquí que podría proponerse un sistema que comprenda las siguientes situaciones:

(39) El tema ha sido tratado por Rafael GÓMEZ-FERRER en *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, p. 71. Y, últimamente, después de redactado este trabajo, por Luis COSCULLUELA MUNTANER en el núm. 71 de esta REVISTA, pp. 9 y ss.

a) Infracciones resultantes de los actos administrativos en sí mismos. Sería el caso de licencias manifiestamente ilegales o de planes de ordenación del mismo carácter. En este caso el conocimiento efectivo de la infracción es intrascendente, porque aquélla se opera con la propia existencia del acto. El plazo para estos casos debe ser desde la notificación o publicación, siguiendo las sentencias de 27 de noviembre de 1966, 7 y 18 de marzo de 1967, hasta la de 28 de enero de 1970.

b) Infracciones por no ajustarse las obras ejecutadas a las licencias, planes o condiciones legítimas señaladas. En este caso la infracción es totalmente independiente del acto administrativo habilitante, que puede ser perfectamente válido y legítimo. Constituye una extralimitación la de aquel y, entonces, desde luego, el plazo no podrá entrar en juego mientras tanto esta infracción haya sido cometida y conocida.

El segundo de los puntos a los que antes aludíamos se refería al hecho de estar supeditada, en su permanencia, a la voluntad de quien la ejercite, lo cual la hace convertirse permanentemente, en ocasiones, en instrumento de presión.

Tal es el supuesto de que después de iniciado el procedimiento desista el actor del proceso, tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

Es cierto que el artículo 98 de la Ley de Procedimiento Administrativo condiciona la admisión del desistimiento al hecho de que el procedimiento en sí no entrañe una cuestión de interés general. Análogamente, el artículo 89 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Económico Administrativa, para el caso de allanamiento por el demandado, supuesto que no sería el procedente de ejercicio de acción pública, prevé su admisión, salvo si ello supone una infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico. No se recoge, en cambio, un condicionamiento semejante para el desistimiento del actor.

A pesar de estas cautelas en la realidad, en la vía administrativa, e incluso teóricamente en la vía jurisdiccional, el actor puede desistir del procedimiento por mediar arreglo económico entre las partes, quedando sin sanción la infracción cometida.

Si la acción pública se ha otorgado para la defensa de la legalidad, no parece lógico que su subsistencia se haga prescindiendo de ella. Por lo que sería conveniente el establecimiento de una norma en virtud de la cual iniciado un procedimiento en el que se ejercite

una acción pública se proseguirá, de oficio, hasta su terminación por sentencia aunque desista o no de la acción entablada el actor.

El texto del proyecto de Ley de reforma de la Ley del Suelo remitido a las Cortes añade al artículo 223 un nuevo párrafo que dice:

«Si dicha acción está motivada por la ejecución de las obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución y hasta un año después de su terminación.»

Con ello el proyecto de Ley parece situarse más bien en el terreno del efectivo conocimiento de la infracción, prescindiendo de la publicidad, como lo revela el hecho de que la acción público podrá ser entablada no solamente durante el plazo de ejecución de las obras, sino, incluso, en el año siguiente a su terminación.

Si a esto se añade la supresión, también en el proyecto, del actual artículo 228 de la Ley, fácilmente puede advertirse la trascendencia que la medida ha de tener y sus repercusiones de todo orden.

XI. SANCIÓN DE LAS SITUACIONES DE ABUSO DE DERECHO

Así como en la comparación de las diferentes situaciones de abuso de derecho forzosamente se mostraba la existencia de un casuismo inevitable, respecto del cual, a lo sumo, podrían ofrecerse unas ideas generales de sistematización en razón a la iniciativa de los actos urbanísticos, en cambio al tratar de la sanción a las situaciones de abuso de derecho puede ensayarse con mayor certeza un cuadro de medidas que recoja cualquier hipótesis de situación de abuso de derecho, siempre y cuando ésta aparezca configurada como tal y sin perjuicio de las sanciones que pudieran arbitrarse para el supuesto de concurrir cualquier infracción en el ordenamiento jurídico.

Para la exposición de estas variedades sirve también el esquema planteado en el apartado anterior.

A) *Sanción de las situaciones de abuso de derecho en el ejercicio de prerrogativas públicas*

Según se expresa más atrás, normalmente el abuso de derecho por el ejercicio de estas prerrogativas constituye un supuesto de desviación de poder. Sólo residualmente, cuando la desviación de poder no

puede catalogarse como tal, y en los supuestos de inactividad de la Administración, la calificación de la situación de abuso de derecho es más evidente.

En consecuencia de ello, las sanciones jurídicas vendrán dadas por esta circunstancia. Así, tratándose de un acto que incurra en desviación de poder, dicho acto será anulable, conforme al número 1 del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, con las consecuencias dimanantes de los supuestos de anulabilidad de los actos administrativos.

Cuando el acto no pueda ser calificado como de desviación de poder, como sería el supuesto de modificación anticipada del planeamiento, la sanción debe venir dada por la indemnización de los daños indebidamente sufridos. No obstante, según recoge MARTÍNEZ USEROS, citando a CAMPION (40), en gran número de supuestos la declaración de acto abusivo que se reclama es ajena a todo problema de responsabilidad civil, pretendiéndose tan sólo un fallo declarativo, que, en razón de las circunstancias de hecho que concurren, rechace la pretensión legal del derecho ejercitado.

MARTÍNEZ USEROS, sin embargo, más adelante entiende que la sanción del abuso será generalmente una indemnización.

En todo caso, procesalmente, la pretensión, según el artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa podrá comprender tanto el reconocimiento de una situación jurídica individualizada como la adopción de las medidas para su pleno reconocimiento, incluyéndose la indemnización de daños y perjuicios.

La reparcelación como instrumento corrector del abuso de derecho, difícilmente podrá tener encaje en este punto, puesto que el daño inferido resulta del ejercicio abusivo de las potestades públicas y no de una desigual distribución de las cargas urbanísticas. La situación de abuso de derecho en esta hipótesis constituye un ejercicio patológico de las potestades públicas, por lo que no resulta concebible la restauración del orden conculcado mediante el reparto de las cargas, haciendo pesar sobre terceros las consecuencias de aquel uso abusivo, sino que debe ser la propia Administración que indebidamente utilizó aquellas prerrogativas la que responda del daño causado.

(40) *Ob. cit.*, p. 68.

B) *Situaciones de abuso de derecho por los particulares*

Para esta segunda hipótesis el juego de las medidas sancionadoras aparece claramente expuesto en los apartados siguientes.

1.º Primariamente y como medida ordinaria, será utilizable la reparcelación como medio para corregir tales situaciones mientras sea legal y físicamente posible.

No será legalmente posible la reparcelación cuando se pretenda hacer efectiva frente a terceros no causantes de la situación de abuso de derecho, toda vez que la doctrina del Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencia de 24 de febrero de 1959, ha excluido de las consecuencias del abuso de derecho, salvo complicidad, a los terceros no intervinientes en los actos. Sin embargo, la adaptación de esta doctrina al ámbito del derecho urbanístico es tolerable tan sólo cuando la situación de abuso de derecho vulnere unas relaciones jurídicas entre particulares constituidas de modo especial, *intuitu personae*. Lo cual no excluye que se utilice la reparcelación cuando el desequilibrio patrimonial no surge de una relación previamente afectada por el nuevo acto urbanístico, sino que éste, directamente, ese el causante de la situación, no mediando ningún género de relaciones contractuales.

En relación con las hipótesis expresadas en el apartado VI, la reparcelación no sería posible de efectuar frente a terceros cuando la situación urbanística previamente pactada entre las partes o contemplada al establecer sus relaciones patrimoniales entre ellos, es modificada después, por su iniciativa, o aprovechada indebidamente. En cambio sería posible de emplear la reparcelación sin mediar ningún género de relaciones si el acto de agravio surge por sí mismo, prescindiendo de ellas.

2.º De no ser posible el empleo de la reparcelación y no entrañar el acto ningún vicio por el cual sea declarado nulo de pleno derecho o anulable, la medida correctora no ha de ser otra que la indemnización de daños y perjuicios.

La iniciativa de esta obligación, sin embargo, no constituye una decisión de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sino que se trata de un resarcimiento puramente civil susceptible de ser planteado ante los Tribunales ordinarios, puesto que si el acto mantiene su vigencia y no es anulable, no pueden derivarse de él en vía administrativa unas consecuencias sobre la reparación de daños. Lo que

no excluye que por los Tribunales civiles pudiera ser considerada y aceptada la existencia de una situación de abuso de derecho y corregida tal situación mediante la indemnización del abuso, aplicando la doctrina común del derecho privado.

3.º Por fin, si el acto incurre en una infracción del Ordenamiento jurídico, la Jurisdicción Contencioso-administrativa podrá declarar su nulidad y paralelamente el reconocimiento de la situación perjudicada y su pleno restablecimiento mediante la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere.

Todo ello obliga a considerar la hipótesis bajo estos aspectos y encajarla sucesivamente a través de las formas de sanción que cumpla con los principios generales del derecho y con los particulares de las instituciones urbanísticas, planteándose solamente en última instancia la nulidad, como corresponde a la interpretación restrictiva predicable de ella.

Por fin, la prueba de la ausencia del abuso deberá corresponder, por supuesto, a quien lo afirme, como manifiesta MARTÍNEZ USEROS (41). No obstante, dada la relatividad con que es concebida la doctrina sobre la prueba en los modernos procesalistas, y las distintas hipótesis susceptibles de plantearse, la prueba como tal deberá ser puesta en relación con los hechos constitutivos, impositivos o extintivos del abuso y en función de las circunstancias de hecho concurrentes, sin perjuicio de la competencia de una u otra jurisdicción, según se entienda, si constituye una hipótesis de abuso de derecho, dentro del ámbito administrativo o en el derecho común.

(41) *Ob. cit.*, p. 66.

JURISPRUDENCIA

